

Tvangshjelp etter pasientrettighetsloven kapittel 4A



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 709

Leveringsfrist: 25.11.2011

Til sammen 17967 ord

25/11/2011

Innholdsfortegnelse

1 INNLEDNING	4
1.1 Tema og problemstilling	4
1.2 Avgrensning av oppgaven.....	5
1.3 Rettskilder	5
1.4 Oppbygning av oppgaven	7
2 PASIENTRETTIGHETSLOVEN KAP. 4A.....	8
2.1 Formål og behovet for regler	8
2.1.1 Formål	8
2.1.2 Behovet for regler	9
2.2 Virkeområde.....	12
2.2.1 Hovedregelen om samtykke.....	13
2.2.2 Om samtykkekompetanse	13
2.3 Forholdet til andre regler.....	16
2.3.1 Påtrengende nødvendig.....	16
2.3.2 Tvangsundersøkelse og behandling av psykisk sykdom	16
2.3.3 Rusmiddelmisbrukere	17
2.3.4 Spesialregler overfor personer med psykisk utviklingshemming.....	17
2.3.5 Huleboerdommen.....	19
2.4 Vilkår for å gi helsehjelp etter kapitlet	21
2.4.1 Minste inngreps prinsipp	21
2.4.2 Om motstand.....	24
2.4.3 Kravet til vesentlig helseskade	25
2.4.4 Nødvendig helsehjelp	29
2.4.5 Proporsjonalitet.....	31
2.4.6 Krav om en avsluttende helhetsvurdering	31
2.5 Om tvangshjelp – Hva slags tvang som kan benyttes.....	33
2.5.1 Særskilt hjemlede tvangstiltak	33
2.6 Krav til tvangsvedtaket	37
2.6.1 Alvorlig inngrep	37
2.6.2 Underretning	38
2.7 Mulighet for å klage, overprøving av vedtak og etterfølgende kontroll... 	40
2.8 Domstolsprøving og generelle merknader	42
2.9 Helsetilsynet i fylkets rolle	44
2.10 Forholdet til menneskerettighetene.....	45
2.10.1 Kravet til hjemmel etter EMK	45
2.10.2 Evaluering av pasrl. kap. 4A opp mot Norges forpliktelser etter	

menneskerettighetene.....	47
3 FUNN	53
3.1 Uanmeldte tilsyn med kommunale tjenester til eldre i 2010.....	53
3.1.1 Innledning	53
3.1.2 Låste dører i sykehjem	54
3.1.3 Samtykkekompetanse og bruk av tvang i sykehjem	55
3.2 Kommentar til de uanmeldte tilsynene i 2010.....	57
3.2.1 Låste dører i sykehjem	57
3.2.2 Samtykkekompetanse og bruk av tvang ved sykehjem	59
4 AVSLUTTENDE VURDERING	60
4.1 Nærmere om tvangsjelp etter pasrl. kap. 4A	60
4.1.1 Innledning	60
4.1.2 Utfordringer med å få aktuelle virksomheter til å følge regelverket ..	60
4.1.3 Pasientrettighetsloven kap. 4A som et forsøk på å tette et hull i regelverket	61
5 LOV- FORARBEID OG DOMSREGISTER	67
6 LITTERATURLISTE.....	72

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Denne oppgaven vil ta for seg reglene om tvangshjelp i pasientrettighetsloven (pasrl.)¹ kap. 4A. Reglene representerer et unntak fra hovedregelen om at helsehjelp bare kan gis med utgangspunkt i pasientens frie og informerte samtykke.² Kap. 4A gir helsepersonell hjemmel til, på nærmere angitte vilkår, å gi nødvendig helsehjelp ved fysiske lidelser til pasienter som ikke forstår konsekvensene av unnlatt hjelp og som motsetter seg helsehjelpen.³ Oppgavens problemstilling er når tvang kan benyttes og om vilkårene for å anvende tvang er hensiktsmessige.

Reglene vil i følge departementet typisk bli benyttet overfor psykisk utviklingshemmede pasienter under psykisk helsevern, og demente. De vurderer at reglene vil sikre at pasienter som mangler samtykkekompetanse, får nødvendig helsehjelp slik at vesentlig helseskade forhindres. Samtidig vil klare vilkår og saksbehandlingsregler hindre at tvang blir benyttet i større grad enn det som anses nødvendig og forsvarlig.⁴

De materielle vilkårene for å benytte tvang, er strenge. Denne oppgaven vil forsøke å si noe om hvilke tiltak som kan hjemles i reglene, hvor grensene går og hvilke tiltak som faller utenfor. Jeg vil også belyse hvordan kapitlet fungerer i praksis og forsøke å si noe om reglenes styrker og svakheter.

1.2 Avgrensning av oppgaven

Kapittel 4A består av en rekke omfattende materielle og prosessuelle regler. Denne oppgaven

1 Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) av 2. juli 1999 nr. 63.
2 Pasientrettighetsloven § 4-1(1)
3 Pasientrettighetsloven § 4A-1 jf. §§ 4A-2 og 4-3.
4 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 23.

vil ha hovedfokus på de materielle vilkårene for å anvende tvang, se spesielt lovens § 4A-3. Likevel synes jeg det for helhetens skyld er mest naturlig å belyse alle reglene, men der de mer inngående analysene og vurderingene hovedsakelig vil dreie seg om de materielle tvangsvilkårene. Enkelte steder vil jeg likevel kunne trekke inn noen av de prosessuelle reglene i vurderingene. Dette er hovedsakelig tilfelle der reglene i kap. 4A vurderes i sin helhet.

1.3 Rettskilder

Her som ellers når det foreligger lovfestede regler, er lovens ordlyd utgangspunktet for enhver rettslig vurdering. Der den enkelte lovbestemmelses ord ikke gir tilstrekkelig veiledning, kan den tolkes i lys av kapitlets formål, her § 4A-1. Siden bestemmelsene er såpass nye, foreligger det lite rettspraksis om temaet. Jeg har ikke funnet noen høyesterettsdommer som direkte omhandler vilkårene i pasrl. § 4A-3, men Rt 2010 612 vil bli kommentert som eksempel på tvang på et annet rettsgrunnlag. Reglene må også tolkes i lys av legalitetsprinsippet og Norges menneskerettslige forpliktelser, herunder må det vurderes om reglene er i samsvar med disse forpliktelsene.

Når ordlyden og lovens formål ikke gir tilstrekkelig svar, samtidig som rettspraksis er fattig, fører dette til at andre rettskilder får en større og mer sentral plass. I vårt tilfelle blir lovens forarbeider en meget sentral rettskilde, og rundskriv fra Helsedirektoratet og Statens helsetilsyn vil også kunne belyse temaet og komme med innspill til tolkningen av reglene. Til slutt vil det også legges noe vekt på juridisk litteratur, i dette tilfelle hovedsakelig Bjørn Henning Østenstad sin nye bok med tittel «Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente».⁵

Det mest sentrale forarbeidet, vil her være Odelstingsproposisjonen. (Heretter proposisjonen.)⁶ Hovedsakelig fordi den fremstår som godt gjennomarbeidet og er mer ordrik

5 Østenstad (2011).

6 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006).

og omfattende enn innstillingen til Odelstinget.⁷ Høringsuttalelsen fra Helsetilsynet i forkant av lovgivningen er også interessant.⁸ Her blir de planlagte reglene på enkelte punkter kraftig kritisert, hovedsakelig på grunn av det Helsetilsynet mener er for strenge materielle tvangsvilkår.

Helsedirektoratet sitt rundskriv til pasrl. kap. 4A inneholder en del generelle bemerkninger rundt de nye reglene i tillegg til forholdsvis utfyllende omtale rundt hver enkelt bestemmelse i kapitlet.⁹ Statens helsetilsyn har også utarbeidet et rundskriv som ble sendt til alle landets helsetilsyn i fylket.¹⁰ Hovedformålet var å «sikre forsvarlig saksbehandling, og ivareta pasientenes rettsikkerhet».¹¹ Rundskrivet er ikke på langt nær like omfattende som det ovenfor nevnte rundskrivet fra Helsedirektoratet. Men i sistnevne skriv er også rundskriv IS-10/2008 vedlagt, noe som viser enighet rundt tolkningen og anvendelsen av reglene i pasrl. kap. 4A.

For å vurdere reglene i lys av deres anvendelse i praksis, er tilsynsrapportene fra helsetilsynet i fylkene, interessante. I denne oppgaven vil jeg presentere de uanmeldte tilsynene med kommunale tjenester til eldre i 2010.

7 Innst. O. nr. 11 (2006-2007).

8 Høringsuttalelse. 20.06.2005. Helsetilsynet.

9 Rundskriv IS-10/2008.

10 Rundskriv IK-3/2008.

11 Rundskriv IK-3/2008 side 4.

1.4 Oppbygning av oppgaven

I kapittel 2 vil jeg først presentere formålet og behovet for regler, kapitlets virkeområde og forholdet til andre regler. Deretter rettes fokuset mot de materielle vilkårene for å anvende tvang. Etter dette kommer jeg til å skrive om de resterende reglene i kapitlet, herunder blant annet hva slags tvang som kan benyttes, samt mulighetene for klage, etterfølgende kontroll og domstolsprøving. Til slutt i kap. 2, vil legalitetsprinsippet og forholdet til menneskerettighetene belyses. I kap. 3 presenteres først de uanmeldte tilsynene med helsetjenester til eldre fra helsetilsynet i fylkene i 2010. Deretter skal jeg vurdere funnene opp mot reglene i pasrl. kap 4A. Oppgavens avslutningskapittel inneholder en mer generell vurdering av reglene i kap. 4A, med fokus på de materielle tvangsvilkårene i § 4A-3.

2 Pasientrettighetsloven kap. 4A

2.1 Formål og behovet for regler

Pasientrettighetsloven kap. 4A er tilføyd ved lov 22. desember 2006, og i kraft fra 1. januar 2009. Det består av 11 paragrafer.

2.1.1 Formål

Formålet med reglene er «å yte nødvendig helsehjelp for å hindre vesentlig helseskade samt å forebygge og begrense bruken av tvang», § 4A-1(1). Det er et grunnleggende prinsipp at hjelp bare kan gis etter pasientens frivillige samtykke, se pasrl. § 4-1. Kapittel 4A åpner for at pasienter som mangler samtykkekompetanse skal få den hjelpen de har behov for, selv om de motsetter seg den. Tvang skal imidlertid benyttes i så liten grad som mulig. Dette kommer til uttrykk gjennom strenge materielle vilkår, regler om saksbehandlingen og regler om overprøving og kontroll. Helsepersonell skal også i utgangspunktet prøve tillitsskapende tiltak før eventuell tvang benyttes, jf. pasrl. § 4A-3(1). Tvang skal heller ikke benyttes på grunn av mangel på ressurser, manglende kompetanse eller av hensyn til andre enn pasienten selv (se § 4A-3).

Videre skal helsehjelpen tilrettelegges «med respekt for den enkeltes fysiske og psykiske integritet, og så langt som mulig være i overensstemmelse med pasientens selvbestemmelsesrett», § 4A-1(2). Her skal det legges vekt på «pasientens utsagn og oppførsel og den kjennskap helsepersonell og pårørende har til pasienten».¹²

12 Rundskriv IS-10/2008 side 20.

2.1.2 Behovet for regler

Pasientrettighetsloven kap. 4A kan komme til anvendelse i situasjoner der pasienter uten samtykkekompetanse nekter å ta imot helsehjelp uten at de forstår rekkevidden av denne avgjørelsen. Dette kan føre til fare for vedkommendes liv, en alvorlig forverring av helsetilstanden eller meget krenkende situasjoner for den aktuelle pasient.¹³ I dette underkapitlet vil jeg først se på legalitetsprinsippets og menneskerettighetenes krav til klar og tydelig lovhjemmel for inngrep. Deretter skal jeg illustrere behovet for regler på området, ved å presentere en kartlegging av tvangsbruken overfor pasienter med demens.

Legalitetsprinsippet og forholdet til menneskerettighetene

Legalitetsprinsippet bestemmer at inngrep i en borgers rettsfære krever hjemmel i lov. Dette har kommet til uttrykk i en rekke høyesterettsdommer, og ses på som et grunnleggende prinsipp i norsk rett som gjelder på alle områder. Regelen har grunnlovs rang, og kan på grunn av lex-superior prinsippet ikke fravikes ved alminnelig lov. Det må dermed grunnlovsendring til. Legalitetsprinsippet fremstår som ekstra sterkt når rettsgodet gjelder den enkelte borgers personlige autonomi og frihet. For å gjøre inngrep må det foreligge en klar og tydelig lovhjemmel, og det aktuelle tilfellet må falle klart innenfor ordlyden i bestemmelsen.

Norge er forpliktet til å sikre og respektere menneskerettighetene, jf. grunnloven (grl.)¹⁴ § 110c. Ved menneskerettsloven (mnskrl.)¹⁵ § 2, er en rekke internasjonale menneskerettskonvensjoner inkorporert som norsk lov. Samme lovs § 3 inneholder en bestemmelse som ved motstrid med annen nasjonal lovgivning, gir konvensjonen forrang. Det er vanlig å tolke dette som et uttrykk for at konvensjonsbestemmelsene fremstår som lex specialis, og ved eventuell motstrid må derfor annen lov tolkes innskrenkende. I forhold til eldre lovgivning, vil også konvensjonene inkorporert ved mnskrl. være lex posterior. De går foran på grunn av deres nyere dato. Men ved klar motstrid med nyere lovgivning, vil man trolig ikke kunne påberope seg mnskrl. § 3 og la konvensjonen gå foran. Bestemmelsen som

13 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 18.

14 Kongeriget Norges Grundlov (grunnloven) av 17. mai 1814.

15 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30.

er gitt ved alminnelig lov kan ikke gi menneskerettsloven høyere rang enn lov (lex superior), dette må i så fall skje ved grunnlovsendring. Om kravet til hjemmel etter EMK, og en vurdering av reglene i pasrl. kap. 4A opp mot dette kravet, se nedenfor i pkt. 2.10.

Kartlegging av tvangsbruk

I følge proposisjonen har Nasjonalt kompetansesenter for aldersdemens, kartlagt bruken av «tvang og andre rettsavgrensingar i den kommunale tenesteytinga til personar med demens». I tillegg til dette har tilsynsstyresmaktene gjennomført et tilsyn over hele landet med temaet helsetjenester til aldersdemente. Gjennom kartleggingen og tilsynet, kan vi få et innblikk i hvordan livet til landets demente pasienter og helsepersonellet der arter seg. Gjennom begge undersøkelsene blir det rapportert fra helsepersonell at de ofte er i tvil om vilkårene for å benytte tvang er oppfylt.¹⁶

I rapporten som ble lagt fram i 2002, kommer det fram at tvangstiltakene ble hyppigere brukt jo mer dement og hjelpsløs pasientene var. Kun en fjerdedel av tvangsavgjørelsene ble gjort skriftlig, og kun ett av tre tiltak ble dokumentert i etterkant. Hovedforklaringen på tvangsbruken var å gi mottakeren et minimum av stell, hindre fall ut av seng eller stol og å gjennomføre nødvendig medisinsk behandling herunder medisinerings. Videre fremkommer det at generelle tiltak som låsing av, og bruk av elektronisk varsling på dører ble brukt daglig eller av og til ved i underkant av halvparten av institusjonene. Dette er tiltak som vil ramme de beboerne som ikke klarer å komme seg ut gjennom de aktuelle dørene. Kartleggingen antar at flere av dørene var låst på en måte som gjør at mange av pasientene ikke hadde noen mulighet for å komme seg ut.¹⁷

I 2001 gjennomførte helsetilsynet et landsomfattende tilsyn med helsetjenester til aldersdemente der det blant annet ble fokusert på bruk av tvang. Oppsummeringsrapporten fremhever at mange kommuner mangler oversikt over bruken av tvang og dermed mangler oversikt over rettsvernet til de aktuelle pasientene. Det er i følge helsetilsynet stor fare for

16 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 18.

17 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 22.

ukultur og overgrep ved tvangsbruk overfor aldersdemente.¹⁸

På andre områder enn overfor demente, og i spesialisthelsetjenesten, foreligger det i følge proposisjonen lite kunnskap om omfanget av helsehjelp som pasienter motsetter seg. Etter tilbakemelding fra helsepersonell og tilsynsmaktene vil problemstillingen være spesielt interessant overfor psykisk utviklingshemmede, pasienter med hjerneskade og ved somatisk helsehjelp til personer med psykiske lidelser. Ved å lovregulere tvangsbruken kan dette føre til at behovene og rettsvernet til pasientene blir bedre sikret. Men det er også viktig å bedre kompetansen, organiseringen og bemanningen av helsevesenet. Departementet bemerker at bestemmelser som åpner for tvangsbruk, aldri må benyttes på grunn av manglende ressurser eller personell.¹⁹

Spesielt om tilbakeholdelse i institusjon

Proposisjonen til pasrl. kap. 4A, nevner at regler om innlegging av pasienter som motsetter seg det, har vært etterspurt spesielt innenfor den kommunale tjenesteytinga. Tidligere har man bare kunnet legge inn pasienter som trenger helsehjelp når vilkårene for øyeblikkelig hjelp er oppfylt.²⁰ Og pasienter som trenger hjelp, men som motsetter seg innleggelse, får dra fra institusjonen med en gang øyeblikkelig hjelp-situasjonen er over. Pasienten vil her typisk fortsatt være behandlings- og omsorgstrengende, men fordi institusjonen mangler hjemmel for tilbakeholdelse, må vedkommende få lov til å reise hjem når helsehjelpen ikke lenger anses påtrengende nødvendig. Sannsynligheten vil være stor for at pasienten på nytt vil bli alvorlig syk, og dermed må innlegges med hjemmel i helsepersonelloven (hlspl.)²¹ § 7.

Forhåpentligvis vil helsepersonellet klare å hjelpe pasienten ut av nok en nødssituasjon, men de vil fortsatt kun ha hjemmel for tilbakeholdelse så lenge hjelpen anses påtrengende nødvendig. Man kan tenke seg en lang rekke innleggelser og utskrivinger av en pasient som motsetter seg hjelp, som til slutt vil kunne ende i at vedkommende ikke lar seg redde. For å unngå dette, kan pasrl. kap. 4A benyttes som hjemmel for tvangshjelp i enkelte tilfeller utenfor øyeblikkelig-hjelp tilfellene. Et mål må være at man i enkelte tilfeller har anledning til å hjelpe en pasient

18 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 24.

19 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 18.

20 Helsepersonelloven § 7.

21 Lov om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven) av 2. juli 1999 nr. 6.

til å bli helt frisk, og dermed unngå eller minske helsehjelp i fremtiden.

2.2 Virkeområde

Reglene gjelder når helsepersonell yter helsehjelp til pasienter over 16 år som mangler samtykkekompetanse etter § 4-3, og som motsetter seg hjelpen, § 4A-2(1). Jeg oppfatter pasientens motstand til helsehjelp som et vilkår for å kunne gi hjelp etter kapitlet, og vil derfor behandle dette nedenfor i kap. 2.4.2 (se § 4A-3 første og annet ledd).

Med helsehjelp menes etter pasrl. § 1-3 bokstav c «handlinger som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål og som er utført av helsepersonell». Med forebygging menes i følge proposisjonen til pasrl. «tiltak som tar sikte på å forebygge at sykdom, skade, lidelse eller funksjonshemming oppstår».²²

Diagnostisering er de handlinger som foretas for å kunne stille en riktig diagnose for pasienten. Dette vil ofte være uunnværlig for å kunne fastslå om helsehjelpen er nødvendig, jf. § 4A-3(2) bokstav b. Behandlende helsehjelp er hjelp med formål om å bedre en pasients helsetilstand. Med helsebevarende tiltak menes hjelp som ikke tar sikte på å helbrede den enkelte pasient, men å hindre forverring av en kronisk somatisk lidelse eller lindring av smerte. Eksempel på smertelindring kan være pleie av døende pasienter.²³

Reglene i pasrl. kap. 4A setter ingen begrensninger for pasienters rett til nekte livsforlengende behandling etter særreglene i § 4-9(2).²⁴ Men denne retten gjelder bare der pasienten har motsatt seg behandlingen før vedkommende mistet sin samtykkekompetanse. Eksempel på dette er en pasient som ligger for døden og som motsetter seg livsforlengende behandling før vedkommende mister sin samtykkekompetanse.²⁵

Reglene i pasrl. kap. 4A gjelder bare når helsepersonell yter helsehjelp, jf. § 4A-2. Begrepet

22 Ot. prp. nr. 12 (1998-1999) kap. 12. Til § 1-3.

23 Ot. prp. nr. 12 (1998-1999) kap. 12. Til § 1-3.

24 Ot. prp. nr. 64. (2005-2006) side 5, 21 og 34.

25 Rundskriv IS-10/2008 side 23.

helsepersonell er definert i hlspl. § 3. Først og fremst omfattes personer med autorisasjon etter § 48 eller lisens etter § 49. Videre omfattes personer i helsetjenesten eller apotek som yter helsehjelp og elever eller studenter som yter helsehjelp i forbindelse med helsefaglig opplæring. Reglene gjelder både i kommunehelsetjenesten, tannhelsetjenesten og spesialisthelsetjenesten. Kapittel 4A kommer til anvendelse uavhengig av hvor hjelpen gis, med unntak av innleggelse og tilbakeholdelse som bare kan skje i helseinstitusjon, jf. § 4A-4(2). Med helseinstitusjon menes institusjon underlagt reglene i kommunehelsetjenesteloven (khl.)²⁶ og spesialisthelsetjenesteloven. Innleggelse og tilbakeholdelse kan etter dette bare skje i spesialiserte helseinstitusjoner (herunder sykehus) og sykehjem.²⁷ Til slutt må det fremheves at reglene i kap. 4A gjelder helt uavhengig av hvilken diagnose pasienten har.

2.2.1 Hovedregelen om samtykke

Den klare hovedregel i norsk helserett er at helsehjelp kun kan gis med utgangspunkt i pasientens frie og informerte samtykke. Unntak kan bare følge av lov eller annet gyldig rettsgrunnlag. Dette følger av pasrl. § 4-1(1).

Proposisjonen til pasrl. kap. 4A fremhever at dette utgangspunktet også følger av Norges forpliktelser etter menneskerettighetene og internasjonale prinsipper for pasientrettigheter.²⁸ Unntak må begrunnes, og menneskerettighetene setter viktige skanker for hva som kan gjennomføres overfor pasienter mot deres vilje. EMK art. 5 om forbud mot vilkårlig frihetsberøvelse og art. 8 om retten til privatliv er her sentrale. Jeg vil vurdere om pasrl. kap. 4A er i tråd med Norges forpliktelser etter menneskerettighetene, nedenfor i pkt. 2.9.

2.2.2 Om samtykkekompetanse

Et vilkår for at reglene i pasrl. kap. 4A kan benyttes, er at pasienten mangler

²⁶ Lov om helsetjenesten i kommunene (kommunehelsetjenesteloven) av 19. november 1982 nr. 66.

²⁷ Rundskriv IS-10/2008 side 24.

²⁸ Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 66.

samtykkekompetanse. Dette fremkommer av § 4A-2(1).

En regulering av hvem som har rett til å samtykke til helsehjelp, finnes i pasrl. § 4-3. Etter bestemmelsens første ledd bokstav a, har myndige personer, så lenge annet ikke følger av særlige lovbestemmelser, samtykkekompetanse. Etter bokstav b gjelder det samme for mindreårige over 16 år hvis ikke annet følger av lov eller av tiltakets art. § 4-4(1) bestemmer at foreldre eller andre med foreldreansvaret har rett til å samtykke til helsehjelp for barn under 16 år.

Samtykkekompetansen kan imidlertid helt eller delvis falle bort hvis pasienten på grunn av «fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter» (se annet ledd). Dette må ses på som et strengt vilkår, jf. ordvalget «åpenbart» ikke i stand til. Ordlyden peker mot at det må være liten tvil om at pasienten mangler forutsetninger for å forstå hva et samtykke til den aktuelle helsehjelpen innebærer, for at samtykkekompetansen kan falle bort. Helsepersonellet må være overbevist, og ved tvil, skal pasienten ikke miste sin samtykkekompetanse.²⁹ Den manglende forståelsen må dreie seg om begrunnelsen for at helsehjelpen skal gis. Med dette menes hva som helsehjelpen konkret innebærer og konsekvensene av hjelpen. Det er ikke tilstrekkelig at pasienten har en mindre reduksjon i forstandsevnen. Et eksempel er lett svekket forstand på grunn av alderdom.³⁰

Bestemmelsen åpner for at en pasient kan ha samtykkekompetanse i forhold til noen typer helsehjelp, samtidig som vedkommende mangler slik kompetanse på andre områder. Det må foretas en konkret vurdering for hver enkelt pasient og for hver enkelt type helsehjelp. Når det gjelder demente pasienter, vil det være naturlig at de i klare perioder har samtykkekompetanse på alle områder mens de i mindre klare perioder kan mangle slik kompetanse på noen områder. Dette fremkommer blant annet av proposisjonen til kap. 4A.³¹

29 Ot. prp. nr. 12 (1998-1999) kap. 12. Til § 4-3.

30 Ot. prp. nr. 12 (1998-1999) kap. 12. Til § 4-3.

31 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 36.

Det aktuelle helsepersonell har myndigheten til å avgjøre om pasienten mangler samtykkekompetanse etter annet ledd. Dette følger av § 4-3(3) første punktum.

Helsepersonellet har etter annet punktum en plikt til å «legge forholdene best mulig til rette for at pasienten selv kan samtykke til helsehjelp, jf. § 3-5». Det skal her tas hensyn til «pasientens alder, psykiske tilstand, modenhet og erfaringsbakgrunn». Informasjonen skal være tilpasset pasientens individuelle forutsetninger (§ 3-5). Dette er meget viktig for at pasienten skal kunne forstå hva som ligger i den aktuelle helsehjelpen og dermed kunne ha samtykkekompetanse. Videre skal en avgjørelse om manglende samtykkekompetanse være begrunnet og skriftlig, og den skal om mulig straks legges fram for pasienten selv og dennes nærmeste pårørende. Dette fremkommer av § 4-3(4) første punktum.

Når det gjelder personer mellom 16 og 18 år uten samtykkekompetanse, er utgangspunktet at foreldrene eller andre med foreldreansvaret har rett til å samtykke til helsehjelp på vegne av vedkommende. Se § 4-5(1). Der omsorgen er overtatt av barnevernet etter bestemmelsene i barnevernloven (bvl.)³² § 4-8 eller 4-12, har barneverntjenesten samtykkeretten (§ 4-5(2)).

Men bestemmelsens tredje og siste ledd bestemmer at der pasienten motsetter seg helsehjelpen, har foreldre og barnevernet ikke denne retten til å samtykke. Her må helsehjelp hjemles i særskilte lovbestemmelser. Et eksempel på slike regler er pasrl. kap. 4A. § 4-7 bestemmer at umyndiggjorte pasienter skal, så lenge det er mulig, selv samtykke til helsehjelp. Der dette er umulig, har vergen samtykkekompetansen. Der den umyndiggjorte motsetter seg hjelpen, har ikke vergen samtykkekompetanse på vegne av pasienten. Også her må helsehjelp hjemles i særskilte lovregler. Myndige pasienter uten samtykkekompetanse som ikke motsetter seg helsehjelpen, kan ikke behandles med hjemmel i kap. 4A. Her gjelder § 4-6.

32 Lov om barneverntjenester (barnevernloven) av 17. juli 1992 nr. 100.

2.3 Forholdet til andre regler

2.3.1 Påtrengende nødvendig

Pasientrettighetsloven kap. 4A kommer ikke til anvendelse når helsehjelpen anses påtrengende nødvendig. Her gjelder øyeblikkelig hjelp bestemmelsen i hlspl. § 7. Om denne bestemmelsen og grensen mot pasrl. kap 4A, se nedenfor i pkt 2.4.3.

2.3.2 Tvangsundersøkelse og behandling av psykisk sykdom

Reglene gjelder ikke for tvangsundersøkelse og behandling av psykisk sykdom. Her gjelder psykisk helsevernloven (phlsvl.)³³ Dette er spesifisert i pasrl. kap. 4A § 4A-2(2). En pasient uten samtykkekompetanse som motsetter seg psykisk helsehjelp, må derfor behandles etter reglene i phlsvl. Men der den samme pasienten motsetter seg behandling av fysiske lidelser, gjelder reglene i pasrl. kap. 4A. Det er irrelevant om grunnen til at pasienten har mistet sin samtykkekompetanse, er psykiske lidelser. Faktisk vil det ofte være nettopp psykiske lidelser hos pasienten som er årsaken til den manglende samtykkekompetansen. Men pasrl. kap. 4A kommer kun til anvendelse ved behandling av somatisk sykdom. Loven setter ingen begrensinger på behandling av somatiske lidelser hos en pasient som samtidig mottar behandling for psykiske lidelser etter phlsvl.³⁴ Dette er også fremhevet i helsedirektoratets rundskriv for pasrl. kap. 4A.³⁵ Utgangspunktet vil være at pasienter under frivillig vern etter phlsvl., ikke kan tvangsbehandles etter pasrl. kap. 4A. Dette fordi pasientene her vil har samtykkekompetanse, jf phlsvl. § 2-1(1). Men det kan likevel tenkes tilfeller der en pasient har samtykkekompetanse i forhold til behandling av en aktuell psykisk lidelse, men mangler slik kompetanse ved et bestemt inngrep av somatisk karakter.

På bakgrunn av dette, vil pasrl. kap. 4A være mer aktuell i forhold til pasienter under tvungent vern etter phlsvl. Sistnevnte lovs § 1-2(3) jf. (1) gir hjemmel for undersøkelse og behandling

33 Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven) av 2. juli 1999 nr. 62.
34 Ot. prp. nr. 64. (2005-2006) side 31.
35 Rundskriv IS-10/2008 side 22.

av pasienter uten samtykke på grunn av psykisk lidelse, samt den pleie og omsorg dette krever. Behandling av somatisk sykdom utover pleie og omsorg, kan hjemles i reglene i pasrl. kap. 4A når vilkårene for dette er til stede. Psykisk helsevernloven § 3-5(2) gir hjemmel til å gi tvungent psykisk helsevern i institusjon som ikke er godkjent for dette hvis det er nødvendig for å kunne gi forsvarlig helsehjelp. Bestemmelsen er relevant i tilfeller der en pasient har en somatisk lidelse som det ikke kan gis god nok behandling for i en psykiatrisk institusjon. Reglene i pasrl. kap. 4A kan her benyttes som hjemmel ved tvangsbehandling av den somatiske lidelsen.

2.3.3 Rusmiddelmissbrukere

Sosialtjenesteloven (sotjl.)³⁶ inneholder en del særregler overfor rusmiddelmissbrukere. Disse reglene vil på grunn av deres karakter av å være lex specialis, gå foran pasrl. kap. 4A. I juni i år ble det vedtatt en ny Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester som skal erstatte kommunehelsetjenesteloven og sosialtjenesteloven.³⁷ Regler for tvangstiltak overfor rusmiddelavhengige finnes i denne lovs kap. 10. Sosialtjenesteloven § 6-2 inneholder regler om inntak og tilbakeholdelse av rusmiddelmissbrukere i institusjon som er utpekt av regionalt helseforetak. Den nye helse- og omsorgstjenesteloven, har regler om dette i § 10-2. Sosialtjenesteloven § 6-2a har regler for tilbakeholdelse av gravide rusmiddelmissbrukere, og § 6-3 gir hjemmel for tilbakeholdelse av rusmiddelmissbrukere på grunnlag av eget samtykke. Tilsvarende regler finnes i helse- og omsorgstjenesteloven §§ 10-3 og 10-4.

2.3.4 Spesialregler overfor personer med psykisk utviklingshemming

Ved tvang overfor personer med psykisk utviklingshemming, finnes det spesialregler i sotjl. kap. 4A. Helse- og omsorgstjenesteloven har regler om dette i kap. 9. Sosialtjenesteloven § 4A-2(1) bestemmer at kapitlet kommer til anvendelse ved bruk av «tvang og makt som ledd i tjenester etter § 4-2 bokstavene a til d til personer med psykisk utviklingshemming». Helse- og omsorgstjenesteloven henviser tilsvarende i § 9-2(1) til § 3-2 nr. 6 bokstavene a til d.

³⁶ Lov om sosiale tjenester m. v. (sosialtjenesteloven) av 13. desember 1991 nr. 81.

³⁷ Lov om kommunale helsetjenester- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven) av 24. juni 2011 nr. 30.

Sosialtjenesteloven § 4-2 bestemmer hva som menes med sosiale tjenester etter loven. Etter bokstav a jf. § 4A-2(1) omfattes tvang og makt som ledd i praktisk bistand og behandling overfor personer med et særlig hjelpebehov, av reglene i kap. 4A. Etter bokstav b omfattes avlastningstiltak for personer og familier med et særlig tyngende omsorgsarbeid. Videre, jf. bokstav c, gjelder tvangsreglene for støttekontakt for personer eller familier med behov for dette. Til slutt omfattes etter bokstav d institusjonsplass eller bolig med heldøgns omsorgstjenester til de med behov for det. De tilsvarende reglene i helse- og omsorgstjenesteloven er forholdsvis like, og har bare enkelte små tilpasninger. (§ 3-2 nr. 6 bokstav a skal i følge proposisjonen til loven tolkes innskrenkende i forhold til kap. 9 og omfatte bare pleie og omsorg i hjemmesykepleie som i dag jf. khl. § 6-10).³⁸

38 Prop. 91 L (2010-2011) pkt. 36.6.

2.3.5 Huleboerdommen

Som eksempel på tvang basert på et annet rettsgrunnlag, finner jeg det naturlig å trekke inn Høyesteretts dom publisert i Rt 2010 612.³⁹ Kjent som «huleboerdommen 2». Spørsmålet i saken var om et kommunalt sykehjem hadde anledning til å skifte sengetøy, utføre kroppsvask og skifte bandasjer på pasient A som motsatte seg dette. Vedkommende var samtykkekompetent. Høyesterett kom etter dissens 3-2 til at sykehjemmet hadde anledning til å benytte tvang i behandlingen av A.⁴⁰

Flertallet mener at et sykehjem har anledning til å stille enkelte vilkår ved institusjonsplass, her «alminnelige og faglig funderte rutiner for personlig hygiene, altså forutsetninger direkte knyttet til selve det lovpålagte omsorgstilbudet som tilbys ham, og som det åpenbart ikke var grunn til å nevne særskilt i tilbudet om plass».⁴¹ Mindretallet er enig i at det kan stilles vilkår for opphold i sykehjem, men at dette ikke gir hjemmel for å benytte seg av tvang. Her må det foreligge en særskilt hjemmel, noe som ikke kan sies å foreligge i den aktuelle sak.

Østenstad kritiserer dommen, og mener av flere grunner den er problematisk. Høyesteretts flertall legger til grunn at vilkår med tvangselementer(mildere tvangsbruk) er underlagt forvaltningens(sykehjemmets) frie skjønn. Disse vilkårene er dermed i utgangspunktet unntatt fra domstolskontroll.⁴² Det kan se ut som at Høyesterett benyttet seg av vilkårlæren i forvaltningsretten for å komme seg unna kravet til lovhjemmel etter legalitetsprinsippet. Det finnes utvilsomt grenser for hva som kan stilles av vilkår uten at det foreligger hjemmel i lov. Å sette grensen ved inngrep som innebærer brudd på straffelova 1902 § 222, vil være helt naturlig. Rettens flertall er ikke villige til dette, noe Østenstad hevder vitner om «ei sterk utvatning av heimelskravet».⁴³

39 Rt 2010 612.

40 Rt 2010 612 pkt. 1 og 59.

41 Rt 2010 612 pkt. 32.

42 Østenstad (2011) side 310.

43 Østenstad (2011) side 311.

Østenstad påpeker at dommen har prinsipiell interesse også i forhold til pasrl. kap. 4A, på tross av at hovedbegrunnelsen for inngrep var hensynet til andre, i tillegg til at pasienten verken var utviklingshemmet, dement eller av andre grunner manglet samtykkekompetanse. Den nasjonale rettsnormen slik den kommer til uttrykk i flertallets domspremisser, har i følge Østenstad et svært lavt presisjonsnivå. Flertallet bygde på en konstruksjon som verken har ankerfeste i lov, tidligere rettspraksis eller i juridisk teori. Dette svake presisjonsnivået ble ikke kompensert for gjennom prosessuelle og personelle rettsikkerhetsgarantier, noe som tilsier at lovskravet i EMK art. 8(2) ikke er oppfylt. Huleboerdommen bør derfor klages inn for EMD.⁴⁴

Hadde det vært anledning til å tvangsbehandle A etter reglene i pasrl. kap. 4A hvis vedkommende hadde manglet samtykkekompetanse? Dette ville berodd på pasientens sår. Utgangspunktet vil være at stell og pleie ikke omfattes av bestemmelsene, jf nedenfor pkt. 2.4.3. Det kan derfor stilles spørsmålstegn ved hvorfor en samtykkekompetent pasient A kan bli påtvunget hjelp med hjemmel i et konstruert hjemmelsgrunnlag, mens en annen pasient i samme situasjon men som ikke forstår konsekvensene av unnlatt hjelp, ikke vil kunne tvangshjelpes med hjemmel i pasrl. kap. 4A.

⁴⁴ Østenstad (2011) side 613-614. Se side 310-311 og 613-614 for en mer inngående begrunnelse for kritikken av dommen.

2.4 Vilkår for å gi helsehjelp etter kapitlet

Vilkårene for å kunne gi helsehjelp etter kapitlet, oppstilles i § 4A-3.

2.4.1 Minste inngreps prinsipp

Første ledd lovfester det generelle prinsippet i norsk rett om minste inngrep. Før tvang kan benyttes, må «tillitsskapende tiltak ha vært forsøkt, med mindre det er åpenbart formålsløst å prøve dette». Helsepersonellet må prøve å få pasienten til å forstå at det er i hans/hennes interesse at hjelpen blir gitt.⁴⁵

Vilkåret er gitt med bakgrunn i et generelt ønske om at tvang skal begrenses. For at tillitsskapende tiltak skal anses forsøkt, bør pasientens årsak til motstand kartlegges. Det er viktig å gi vedkommende tilstrekkelig informasjon om hjelpen, og det vil ofte være hensiktsmessig å trekke den enkeltes pårørende aktivt inn i prosessen. Slike tiltak vil ofte ta noe tid, men de anses viktige fordi de øker sannsynligheten for at pasienten samtykker til den aktuelle behandlingen. Desto tryggere den enkelte er på helsehjelpen og behandlingssituasjonen, desto større er sannsynligheten for at han/hun selv samtykker til hjelpen.⁴⁶ Hvis tillitsskapende tiltak lykkes, vil helsehjelp kunne gis i tråd med reglene i pasrl. kap. 4.

Østenstad mener det er viktig å ikke tolke uttrykket «tillitsskapende tiltak» snevert til bare å omfatte det å overtale pasienten til å oppgi sin motstand. Utrykket må også omfatte tilrettelegging av tjenestetilbudet. Dette fremkommer av forarbeidene, men kan ikke leses ut av ordlyden i bestemmelsen.⁴⁷ Det kan spørres om lovgivers utelatelse av å ta med tilrettelegging som en del av «tillitsskapende tiltak» i lovteksten, er et eksempel på at hovedfokuset ved utformingen av pasrl. kap. 4A har vært på undersøkelse og behandling av

⁴⁵ Syse (2009) side 370.

⁴⁶ Syse (2009) side 370.

⁴⁷ Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 36.

somatisk sykdom, og ikke på pleie og omsorg.⁴⁸

Hvor strenge krav kan stilles til utprøving av frivillige tiltak? Østenstad oppstiller to mulige hindre: Tilgangen til ressurser og tidsfaktoren.⁴⁹ Proposisjonen til pasrl. kap. 4A sier at «tvangstiltak skal aldri nyttas berre for å spare ressursar eller på grunn av mangelfull kompetanse».⁵⁰ Ordlyden forteller at mangel på ressurser aldri skal brukes som eneargument for ikke å prøve frivillige tiltak. Dette tyder imidlertid på at ressurshensyn kan være en høyst relevant del av et avgjørelsesgrunnlag til et tvangsvedtak etter kapitlet. Dette er likevel noe unaturlig med tanke på at formålet med reglene er å «forebygge og begrense bruk av tvang», jf. § 4A-1(1). Når det gjelder bruk av tekniske varslingssystemer som en del av tvangshjelpen, uttaler man seg mer restriktivt: «Det som skal avgjere om ein skal bruke slikt utstyr, skal vere kva behov pasienten har for tilsyn og hjelp, ikkje kva behov tenesteapparatet har for å spare pengar, effektivisere eller liknande.»⁵¹ Den enkelte pasients behov for hjelp, er her sentralt. Dette åpner ikke opp for å legge spesielt vekt på ressurshensyn. På bakgrunn av de to ovenfor nevnte uttalelsene i proposisjonen, fremstår det som uklart hvor mye vekt helsetjenesten kan legge på egne ressurser. Østenstad påpeker at det heller ikke hjelper at lovgiver har unnlatt å ta med en forklaring i lovteksten på forholdet mellom tvangsvedtak og ressurser i helsetjenesten.⁵²

En av grunnene til at pasienten yter motstand mot helsehjelpen, kan være at vedkommende ikke forstår hva som skjer eller skal skje. Hjelpen kan være skremmende, og motstanden er en måte å beskytte seg mot det ukjente. For at pasienten skal klare å forstå og oppfatte hva som skjer, er det viktig at omgivelsene rundt er gjenkjennbare og selv gir informasjon om hva som foregår. Med dette menes at et bad ligner på et bad, hårstell og klipp foregår på et sted som ligner på eller er en frisørsalong, medisiner gis på en kontrollert og ryddig måte og mat blir gitt i normale omgivelser. Det er viktig med en helhetlig tenkning. Situasjoner må legges til rette slik at pasienten har mulighet til å klare mest mulig selv, og dermed åpne for økt mestring. Omgivelsene må være så rolige som mulig, og aktiviteter bør være trygge og

48 Østenstad (2011) side 404.

49 Østenstad (2011) side 405.

50 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 29.

51 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 48.

52 Østenstad (2011) side 407.

forståelige for pasientene. Det bør videre være muligheter for å tilbringe tid med medpasienter og ansatte.⁵³

Det er viktig at helsearbeiderne blir godt kjent med pasienten. Dette øker sannsynligheten for at vedkommende vil samtykke til eventuell hjelp, og at tvang dermed ikke behøves. Pasienter vil ofte føle seg tryggere på personell som de føler at de kjenner, samtidig som slikt personell ofte har større kunnskap om hvordan de kan få pasienten til å samarbeide. Å bli kjent tar tid. Det er derfor viktig med en del introduksjons – og opplæringsvakter for å gjøre personell og pasienter mest mulig komfortable med hverandre. Der en pasient får løpende eller repeterende ytelser, er det viktig at eventuelt nytt helsepersonell som skal yte helsehjelp får tilstrekkelig veiledning av fagutdannet personell med erfaring knyttet til den aktuelle pasient. Dette kan føre til en bedre praksis.⁵⁴

Å forklare pasienten hvorfor helsehjelpen er nødvendig, samt hva som vil være konsekvensen av unnlatt hjelp, kan være med på å unngå motstand. Hvis hjelpen er bagatellmessig, vil det være naturlig å legge vekt på dette. I noen tilfeller vil hovedgrunnen til motstand være at pasienten er redd for at hjelpen vil føre til mye smerte. Her kan helsepersonellet prøve å gi uttrykk for at det ikke kommer til å bli så ille, gjerne med dempet stemme og vektlegging på det positive. Kommunikasjonen må hele tiden tilpasses pasientens funksjonelle aldersnivå.⁵⁵

Et godt samarbeid med pasientens pårørende, vil kunne føre til mindre motstand. Dette vil gjelde både ved besøk hos lege, tannlege og ved innleggelse i helseinstitusjon. I tilfeller der pasienten er villig til å gjennomføre noe av helsehjelpen, må det ses på om hjelpen kan gis litt og litt, i tråd med motivasjonen. Tvang vil her kunne begrenses. På samme måte vil en trinnvis tilvenning til helsehjelp kunne være fordelaktig der det er tid til dette. Pasienten vil her på hvert trinn komme et skritt nærmere selve behandlingen. Selv om et trinn vil kunne føre til noe ubehag, motsetter forhåpentligvis ikke pasienten seg dette. Det er en forutsetning at hvert trinn er frivillig. Når pasienten har blitt vant til et trinn, går man videre til neste. Målet

53 Rundskriv IS-10/2008 side 26.

54 Rundskriv IS-10/2008 side 26.

55 Rundskriv IS-10/2008 side 27.

vil være å tilvenne pasienten hjelp som vedkommende i utgangspunktet var imot.⁵⁶

Vilkåret om tillitskapende tiltak kan bare fravikes i ett tilfelle. Der det er «åpenbart formålsløst».⁵⁷ Ordlyden peker på at dette er et strengt vilkår, der det skal mye til før helsepersonell kan unnlate å prøve tillitskapende tiltak.

2.4.2 Om motstand

Som nevnt i kapittel 2.2 ovenfor, anser jeg kravet til pasientens motstand mot helsehjelpen, som et vilkår for å kunne benytte tvang. Hvorvidt pasienten anses å yte motstand, skal avgjøres etter en konkret skønnsvurdering. Pasientens reaksjoner må tolkes, og det må tas hensyn til hans/hennes evne til å yte motstand. Verbal og fysisk motstand likestilles.⁵⁸

Tilgjengelig informasjon om pasienten og vedkommendes bakgrunn for motstand skal være en del av beslutningsgrunnlaget. På dette punkt kan nærmeste pårørende være en kilde til informasjon. Helsepersonell som har jobbet med pasienten en tid, kan ha verdifull informasjon om pasientens tanker og motforestillinger knyttet til den aktuelle helsehjelpen. Hvis det er usikkert om det foreligger motstand, må det legges til grunn at pasienten yter motstand og hjelpen må gis etter reglene i pasrl. kap. 4A.⁵⁹

Et av hovedpoengene med pasrl. kap. 4A, er at pasienten skal få den helsehjelp som han/hun ville ha samtykket til hvis vedkommende hadde hatt samtykkekompetanse. Her er det naturlig å nevne at selv om en pasient mangler samtykkekompetanse, kan det like fullt foreligge rasjonelle grunner til at vedkommende motsetter seg helsehjelpen.⁶⁰

Forventet motstand skal likestilles med verbal og fysisk, men det skal ikke uten videre legges til grunn at det foreligger motstand bare fordi pasienten generelt er lite samarbeidsvillig. Et

⁵⁶ Rundskriv IS-10/2008 side 29.

⁵⁷ Pasientrettighetsloven § 4A-3(1)

⁵⁸ Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 36.

⁵⁹ Rundskriv IS-10/2008 side 27-28.

⁶⁰ Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 33.

eksempel er en pasient med demens som gang på gang motstiller seg medisinerings med nødvendige legemidler. I et slikt tilfelle kan helsepersonell ha anledning til å røre medisin inn i maten til vedkommende, når man vet at pasienten høyst sannsynlig vil motsette seg medisineringsen.⁶¹ Men det er ikke anledning til å stauere forventet motstand hos en pasient bare for å unngå en motstandssituasjon.

Her som alle steder ellers i helseretten gjelder det generelle kravet til forsvarlig hjelp etter hlspl. § 4. Vedtaket må tas på faglig forsvarlig grunnlag. I vurderingen om helsehjelp skal ytes, skal det også legges vekt på graden av motstand. Dette er en del av den helhetsvurderingen som skal foretas etter § 4A-3(3), og vil bli omtalt nedenfor.

Dersom pasienten opprettholder sin motstand eller helsepersonellet med stor sannsynlighet vet at vedkommende vil opprettholde sin motstand, sier loven at vedtak om helsehjelp kan treffes dersom de tre kumulative vilkårene i § 4A-3(2) bokstavene a-c er oppfylt. Alle tre er materielle vilkår.

2.4.3 Kravet til vesentlig helseskade

Hovedvilkåret for å kunne fatte vedtak om tvangshjelp etter pasrl. kap. 4A, krever at det er fare for «vesentlig helseskade» hos pasienten dersom hjelpen ikke blir gitt. Dette følger av § 4A-3(2) bokstav a.

Helseskade

Begrepet helseskade er snevrere enn skade. Med støtte i forarbeidene beskriver Østenstad helseskade som «fysisk og psykisk skade på kroppen sin sunnhetstilstand». Han hevder det naturlige utgangspunkt for vurderingen vil være internasjonale sykdomsklassifikasjoner som ICD-10, men at begrepet helseskade er snevrere. Bakgrunnen for dette er forarbeidenes

61 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 37.

avgrensing mot helseplager som svie og kløe. Helseplager vil etter en språkling fortolkning være mer vanlige og mindre alvorlige enn helseskader.⁶² Avgrensingen kan være vanskelig, men helseplagene vil ofte fremstå som mer diffuse.⁶³ Dette gjelder imidlertid ikke uten unntak. Eksempler er pollenallergi eller eksem, som er objektivt konstaterbare, men i milde former kun helseplager.⁶⁴ Bakgrunnen for å avgrense mot helseplager, er for å unngå for vide inngrepshjemler. Dette er likevel problematisk, fordi helseplager kan oppfattes like ubehagelige for pasienten som helseskader.⁶⁵

Vesentlig

Bestemmelsen krever at den aktuelle helseskaden må være vesentlig. Den må ha et betydelig omfang og/eller alvorlige konsekvenser. Det skal mye til for at tvang kan benyttes, men det foreligger likevel et visst rom for skjønn for den enkelte helsearbeider. Departementet nevner som eksempel at et sår eller et brokk, i noen tilfeller kan føre til vesentlig helseskade så lenge det ikke blir behandlet.⁶⁶ Østenstad påpeker med støtte i forarbeidene at det foreligger en høy terskel for at «vesentlig»-kravet skal anses oppfylt.⁶⁷ Skrubbsår kan ikke regnes som vesentlig helseskade. Hvis det går betennelse i såret, kan det diskuteres. Som nærmere omtalt nedenfor, vil manglende hygiene i form av stell og pleie, ikke være omfattet.

Faren for vesentlig helseskade må gjelde pasienten selv. Bestemmelsen gir ikke hjemmel for inngrep ved slik fare hos andre.

Et eksempel som omfattes av vilkåret «vesentlig helseskade», er en pasient som ved unnlatt somatisk behandling står i fare for vesentlige psykiske smertetilstander.⁶⁸ Det må her bemerkes at pasrl. kap. 4A ikke gir hjemmel til helsehjelp for psykiske lidelser som allerede har oppstått, jf. § 4A-2(2) og ovenfor i pkt. 2.3.1. Proposisjonen til kap. 4A fastslår at en

62 Østenstad (2011) side 383.

63 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 39.

64 Østenstad (2011) side 383.

65 Østenstad (2011) side 383.

66 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 38.

67 Østenstad (2011) side 389.

68 Rundskriv IS-10/2008 side 28.

unnnlatelse av å gi helsehjelp må føre til sykdom eller forverring, for at vilkåret skal anses oppfylt.⁶⁹

Grensen mellom hlspl. § 7 og pasrl. § 4A-3(2) bokstav a

Reglene vil ikke komme til anvendelse i tilfeller der helsehjelpen er påtrengende nødvendig. Her vil helsepersonell ha en plikt til å yte den helsehjelp de evner, selv om pasienten ikke kan gi samtykke eller nekter å avgi samtykke. Dette følger av hlspl. § 7(1). Pasientrettighetsloven kap. 4A gjelder derfor når helsehjelpen ikke er påtrengende nødvendig, men pasientens situasjon likevel er såpass alvorlig at en unnnlatelse av å gi hjelp kan føre til vesentlig helseskade. Et eksempel fra primærhelsetjenesten på grensen mellom hlspl. § 7 og pasrl. kap. 4A, er en hjemmeboende pasient som over tid forfaller. Under sykebesøk konstaterer legen avmagring, inkontinens og diaré. Situasjonen oppfattes ikke som påtrengende nødvendig etter hlspl. § 7, men utredning og behandling anses nødvendig. Pasienten mangler samtykkekompetanse og motsetter seg helsehjelpen. Så lenge legen først prøver tillitskapende tiltak, og en unnnlatelse av å gi helsehjelp kan føre til vesentlig helseskade, kan det åpne for å benytte pasrl. kap. 4A som hjemmel for tvangshjelp.⁷⁰

Det er noe usikkert om terskelen for å yte helsehjelp ved fare for vesentlig helseskade, Jf. pasrl. § 4A-3(2) bokstav a, er lavere enn for øyeblikkelig hjelp-situasjoner etter hlspl. § 7. Forarbeidene til sistnevnte bestemmelse nevner at den omfatter situasjoner der hjelp er nødvendig for «livreddende innsats og innsats for å avverge alvorlig helseskade».⁷¹ Videre gjelder bestemmelsen der pasienten har en «alvorlig smertetilstand».⁷² Vilråene i pasrl. § 4A-3(2) bokstav a, og hlspl. § 7, er begge strenge. De er også forholdsvis like. En hovedforskjell er imidlertid at ved øyeblikkelig hjelp, må tilstanden være akutt. Det gjelder ikke ved tvangshjelp etter kap. 4A. Lovens ordlyd gir oss imidlertid lite holdepunkter for hva som ligger i begrepet vesentlig helseskade.

Undersøkelser omfattes som nevnt også av kap. 4A. Et eksempel er blodprøvetaking av en

69 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 38.

70 Rundskriv IS-10/2008 side 29.

71 Ot. prp. nr. 13 (1998-1999) side 219.

72 Ot. prp. nr. 13 (1998-1999) side 220.

pasient som motsetter seg dette, når det vurderes å være nødvendig for å hindre vesentlig helseskade. Forebyggende behandling er særlig aktuelt innenfor tannhelsetjenesten. Et eksempel er en pasient med dårlig munnhygiene som både motsetter seg tannsjekk og behandling. For å utføre nødvendige undersøkelser og behandling forsvarlig og minst mulig inngripende, kan det være nødvendig å gi pasienten noe beroligende. Dette vil kunne omfattes av kap. 4A. Helsebevarende hjelp er aktuelt for pasienter med kroniske lidelser som motsetter seg hjelp. Målet er her å gi behandling for at vedkommende får leve et så godt og normalt liv som mulig. Der de øvrige vilkårene er oppfylt, vil slik hjelp kunne gis etter kapitlet. Det samme gjelder for helsehjelp med smertelindrende formål, som terminalpleie.⁷³

Ved helsehjelp i form av pleie og omsorg, må det her som ellers foretas en helhetsvurdering om vilkåret om vesentlig helseskade finnes oppfylt. Mange pleie- og omsorgstiltak kan ikke gjennomføres med tvang. Men der pasientens hygiene forfaller slik at sår ikke stelles med det resultat at det oppstår betennelser, eller der vedkommende lukter så ille at det er uakseptabelt for pasienten selv og hans eller hennes omgivelser, må kravet være oppfylt. Det kan være grunn til å akseptere større avvik med tanke på lukt som følge av ustelthet der pasienten bor hjemme, enn der vedkommende er innlagt i helseinstitusjon. Enkelte kan lettere være i fare for å oppnå vesentlig helseskade som følge av unnlatt stell og pleie enn andre. Vilkaåret må derfor vurderes konkret for hver enkelt pasient.⁷⁴ Helsedirektoratet nevner som eksempel en person med diabetes og tenderende sårddannelser på føtter og ben. Dette vil på sikt kunne føre til vesentlig helseskade hvis det ikke blir behandlet. Stell og massasje hos en pasient som lider av immobilitet, vil kunne hjelpe mot liggesår. Også vask og stell av inkontinente personer, vil kunne hjemles i kap. 4A, da unnlatt hjelp vil kunne føre til vesentlig helseskade for pasienten. Det samme kan gjelde mangel på regelmessig munnhygiene.⁷⁵

Personer som ikke er inkontinente eller har andre spesielle fysiske skader, vil normalt ikke ta nevneverdig skade av unnlatt stell og pleie. Unnlatt barbering eller annen hårklipp vil heller ikke føre til vesentlig helseskade. Som nevnt ovenfor, vil en situasjon der en persons hygiene forfaller slik at vedkommende lukter sånn at det anses uakseptabelt både for pasienten selv og

73 Rundskriv IS-10/2008 side 29-30.

74 Syse (2009) side 372-373.

75 Rundskriv IS-10/2008 side 32.

for omgivelsene rundt, i følge Aslak Syse omfattes av reglene i kap. 4A.⁷⁶ Helsedirektoratet oppfattes å være noe mer restriktive. Så lenge vedkommende ikke er inkontinent eller har andre spesielle fysiske skader, skal det særs mye til for at unnlatt vask eller klesskift skal kunne hjemle tvangshjelp etter kapitlet. Selv om de rundt vil reagere negativt, pasienten blir sosialt isolert og som en konsekvens av dette utvikler angst og depresjon, vil det normalt ikke være nok for å hjemle et tvangsinngrep. Det vil bare kunne benyttes i en argumentasjon overfor pasienten for å prøve å overbevise vedkommende om at stell og pleie er nødvendig. For at tvangshjelp skal kunne iverksettes, må i så fall angsten og depresjonen vurderes å kunne utvikles til en vesentlig helseskade.⁷⁷ Det samme hevder Østenstad. Han presiserer at omgivelsene ikke har et selvstendig vern etter pasrl. § 4A-3(2) bokstav a, jf. ordbruken «pasienten». Videre åpner han for at hensynet til andre enn pasienten selv kan trekkes inn i den helhetsvurderingen som skal finne sted etter § 4A-3(3).⁷⁸

2.4.4 Nødvendig helsehjelp

For at reglene i pasrl. kap. 4A kan benyttes, må den aktuelle helsehjelpen «anses nødvendig» Dette følger av § 4A-3(2) bokstav b. Ordlyden peker på at det her må dreie seg om en skjønnsmessig vurdering gjort av den aktuelle helsearbeider. Vurderingen må være forsvarlig, jf. det generelle forsvarlighetskravet i helseretten nedfelt i hlspl. § 4.

I spesialmerknadene i proposisjonen til lovendringen, følger det at vilkårene for hva som anses nødvendig ikke er like strenge som for «akutthjelp» etter pasrl. § 2-1 og hlspl. § 7.⁷⁹ Her er vilkåret påtrengende nødvendig. Det vises videre til at vilkåret er mye av det samme som begrepet «nødvendig helsehjelp» etter pasrl. § 2-1(1) annet punktum for kommunehelsetjenesten (jf. kommunehelsetjensteloven § 2-1(1)), og pasrl. § 2-1(2) for spesialisthelsetjenesten. Men det forutsettes at hjelpen er nødvendig «for å hindre vesentlig

⁷⁶ Syse (2009) side 372-373.

⁷⁷ Rundskriv IS-10/2008 side 30.

⁷⁸ Østenstad (2011) side 384.

⁷⁹ Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 40.

helseskade».⁸⁰

Nærmere om nødvendighetsvilkåret etter pasrl. § 2-1(2)

Begrepet nødvendig helsehjelp etter pasrl. § 2-1(2), kommenteres i prioriteringsforskriften til pasrl.⁸¹ Det er satt opp tre kumulative vilkår som må finnes oppfylt for at retten til nødvendig helsehjelp anses å foreligge. Pasienten må ved utsatt hjelp ha et visst prognosetap med hensyn til livslengde eller en ikke ubetydelig nedsatt livskvalitet, jf prioriteringsforskriften § 2(1) nr.

1. Med det siste alternativet menes, jf. forskriften § 2(2), at pasienten på grunn av smerte eller lidelse, svekkede vitale funksjoner for eksempel i form av næringsinntak eller nedsatt psykisk eller fysisk funksjonsnivå, vil kunne oppleve en merkbar reduksjon av sin livskvalitet.

Derneft må pasienten ha forventet nytte av helsehjelpen. Det må foreligge god dokumentasjon for at behandling vil kunne føre til bedring av pasientens livslengde eller livskvalitet av noe varighet, at unnlatt hjelp trolig fører til en forverring av tilstanden eller at muligheter for behandling forsvinner hvis hjelpen utsettes. Se forskriften § 2(1) nr. 2 jf. tredje ledd.

Til slutt må forventede kostnader stå i et rimelig forhold til effekten av tiltaket (§ 2(1) nr. 3). Dette er oppstilt som et selvstendig vilkår i pasrl. § 4A-3(2) c, men går noe over i vurderingene etter bokstav a og b om vesentlig helseskade og nødvendig helsehjelp.⁸²

Nødvendighetsvilkåret i pasrl. § 4A-3(2) bokstav b vil i følge proposisjonen anses oppfylt i tilfeller der helsehjelpen hindrer «vesentleg auka helseskade ved ein kronisk sjukdom som på sikt er dødeleg».⁸³ Hjelpen trenger med andre ord ikke alltid å føre til at pasienten blir helt frisk. Vilkåret anses oppfylt når hjelpen er nødvendig for at en syk pasient ikke skal bli vesentlig mye sykere enn vedkommende allerede er. Proposisjonen nevner som eksempel en pasient med psykisk utviklingshemming og diabetes som trenger insulin gjentatte ganger hver

80 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 40.

81 Forskrift om prioritering av helsetjenester, rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, rett til behandling i utlandet og om klagenemnd (prioriteringsforskriften).

82 Rundskriv IS-12/2004 side 49.

83 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 40.

dag. Selv om han klarer å sette sprøytene selv, må han kontrolleres av helsepersonell. Pasienten misliker dette, og motsetter seg medisineringsen. Unnlatt insulinbehandling kan føre til alvorlige skader både på kort og lang sikt. Tvangsmedisinering anses dermed som nødvendig.⁸⁴

2.4.5 Proporsjonalitet

Det tredje og siste vilkåret i § 4A-3(2), oppstiller et krav om proporsjonalitet. Bokstav c krever at «tiltakene står i forhold til behovet for helsehjelpen». Mer inngripende tvang, setter større krav til behovet for hjelpen. I proposisjonen fremheves det at tiltakene må «verke klart meir positivt enn dei negative konsekvensane av å bruke tvang for at kravet om rimeleg samsvar kan reknast som oppfylt».⁸⁵ Det fremheves i lovkommentaren til pasrl. at tvangen som benyttes må være egnet til å hindre vesentlig helseskade. Tvangen skal videre ikke være mer omfattende enn nødvendig.⁸⁶

Proposisjonen nevner som eksempel en eldre pasient som blir sendt til tannlege fordi hun den siste tiden har blitt mer og mer urolig. Vedkommende får konstatert tannrotbetennelse, noe som anses meget smertefullt. Ubehandlet vil dette føre til vesentlig helseskade. Pasienten motsetter seg hjelpen og mangler samtykkekompetanse. I dette tilfellet må de negative konsekvensene av tiltaket, her holding og narkose, veies opp mot de positive, her hindring av vesentlig smerte og på sikt vesentlig helseskade som følge av tannrotbetennelsen.⁸⁷

2.4.6 Krav om en avsluttende helhetsvurdering

I de tilfeller der alle tre vilkår for å benytte tvang etter § 4A-3(2) anses oppfylt, i tillegg til at tillitskapende tiltak jf. første ledd har vært forsøkt, oppstiller bestemmelsens tredje ledd en siste skranke. Tvangshjelp kan «bare gis der dette etter en helhetsvurdering framtrer som den

84 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 40.

85 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 40.

86 Syse (2009) side 373.

87 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 40.

klart beste løsningen for pasienten». Det fremgår av tredje ledd annet punktum at det i helhetsvurderingen skal legges vekt på «graden av motstand samt om det i nær fremtid kan forventes at pasienten vil kunne gjenvinne sin samtykkekompetanse».

Proposisjonen fremhever at på den ene siden må det tas hensyn til den enkelte pasients subjektive opplevelse av situasjonen. Utgangspunktet i helseretten er at hver enkelt pasient selv skal samtykke til helsehjelp. For å vike fra dette må det foreligge sterke grunner. På den annen side må det tas hensyn til det objektive behovet for helsehjelp for den enkelte pasient. Motstand kan ikke alltid ses på som et ønske om «å li urett». I mange tilfeller vil pasienten ha problemer med å se konsekvensene av uteblitt helsehjelp. Men det kan likevel foreligge rimelige forklaringer på hvorfor en pasient ikke vil ta i mot hjelp. Spesielt i tilfeller der pasienten har gitt uttrykk for at han/hun ikke ønsker en bestemt type hjelp i tiden før vedkommende mistet sin samtykkekompetanse, vil dette kunne tillegges vekt. Departementet fremhever at i noen tilfeller der pasienten yter sterk motstand, vil det av denne grunn være riktig å ikke gi hjelp. Dette vil være tilfelle der pasienten yter så sterk motstand at det ikke vil være forsvarlig å gi helsehjelp, jf hlspl. § 4. Spesielt i tilfeller der en pasients samtykkekompetanse varierer i løpet av en dag, kan det riktige være å vente med å gi helsehjelp til samtykkekompetansen er gjenvunnet.⁸⁸ I en vurdering av graden av motstand, må man legge vekt på den enkelte pasients evne til å uttrykke motstand. Noen vil mangle evne til verbal eller fysisk motstand, men de kan likevel være sterk motstander av et aktuelt inngrep. Her er personlig kjennskap til pasienten viktig ved vurderingen.⁸⁹

88 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 41.

89 Rundskriv IS-10/2008 side 32.

2.5 Om tvangshjelp – Hva slags tvang som kan benyttes

Dersom vilkårene i § 4A-3 anses oppfylt, kan helsehjelp gis med «tvang eller andre tiltak for å omgå motstand hos pasienten», jf. § 4A-4(1). Det fremkommer av ordlyden at direkte tvang likestilles med indirekte tvang, jf begrepet «andre tiltak».

Departementet nevner som eksempel å holde pasienten i ben eller armer for å få gjennomført helsehjelpen. Det trekkes en nedre grense for hva som regnes som tvang, og hva som kan aksepteres uten hjemmel i dette kapitlet. Proposisjonen nevner vanlige oppmuntringer, leiing i hender og andre milde former for fysisk påvirkning som tilfeller som ikke oppfattes som tvang.⁹⁰

Som eksempel på «andre tiltak for å omgå motstand hos pasienten» nevner proposisjonen å røre inn medisin i maten til pasienten når det er ventet at vedkommende ville ha ytt motstand hvis han/hun hadde visst om medisineringsen. Narkose blir nevnt som eksempel ved tannbehandling som pasienten ventes å motsette seg.⁹¹ Dette regnes som et alvorlig inngrep, og det må foreligge tungtveiende grunner for å benytte seg av det, se § 4A-5(2) og nedenfor i pkt. 2.6.1 om spesielle saksbehandlingsregler. Det er her som ellers i helseretten et krav om at helsehjelpen må være faglig forsvarlig, jf. hlspl. § 4. I dette ligger at tiltakene som blir brukt, er «alminneleg aksepterte i fagmiljøet». Dette forutsetter at den enkelte helsearbeider har grunnleggende kunnskap om tiltaket og eventuelle negative konsekvenser av det.⁹²

2.5.1 Særskilt hjemlede tvangstiltak

Annet og tredje ledd i § 4A-4, hjemler noen mer inngripende tiltak som kan benyttes der tvangsvilkårene i forrige paragraf er oppfylt. Disse tilfellene er i følge proposisjonen hjemlet særskilt på grunn av deres karakter av å være spesielt inngripende for pasienten.⁹³

90 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 44.

91 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 44.

92 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 44.

93 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 44.

Innlegging og tilbakeholdelse i helseinstitusjon

Helsearbeidere har etter annet ledd rett til å legge en pasient inn i en helseinstitusjon og om nødvendig holde vedkommende tilbake der. Det fremkommer klart av proposisjonen at et vedtak etter bestemmelsen forutsetter at det presiseres om det kun dreier seg om innleggelse eller innleggelse og tilbakeholdelse. Det skal ikke treffes mer inngripende vedtak enn nødvendig. Vedtaket etter annet ledd omfatter kun selve innleggelsen og eventuelt tilbakeholdelsen i helseinstitusjonen. Ønskes det å benytte annen tvang, må det treffes eget vedtak om dette. Det er her en forutsetning at vilkårene for dette er til stede.⁹⁴

Dersom en myndig pasient uten samtykkekompetanse som ikke motsetter seg helsehjelpen blir innlagt i helseinstitusjon, gjelder § 4-6.⁹⁵ Bestemmelsen gir etter første ledd, helsepersonell kompetanse til å avgjøre om helsehjelp som er lite inngripende, skal gis overfor personer som mangler samtykkekompetanse. Annet ledd første punktum utvider denne retten til også å gjelde der hjelpen innebærer et alvorlig inngrep, så lenge det anses å være i pasientens interesse og fremstår som sannsynlig at vedkommende hadde ville samtykket til hjelpen hvis han/hun hadde hatt tilstrekkelig innsikt i hva den innebærer.

Ordlyden i bestemmelsen om tilbakeholding tyder på at for å omfattes må vedkommende pasient holdes tilbake i institusjonen mot sin vilje. Hvorvidt den enkelte anses å gjøre motstand mot å være innlagt, må naturligvis avgjøres konkret for hver enkelt pasient. Det må her tas hensyn til på hvilken måte og i hvor stor grad vedkommende evner å yte motstand. Hvordan tilbakeholdingen blir gjennomført må være likegyldig, så lenge inngrepet ikke er mer inngripende enn nødvendig og det er forsvarlig jf. hlspl. § 4.

Begrepet helseinstitusjon omfatter etter hlspl. § 3(4), institusjoner som hører under spesialisthelsetjenesteloven (sphlsl.)⁹⁶ og khl. Dette innebærer dermed «sykehjem eller boform for heldøgns omsorg og pleie» jf. khl. § 1-3(2) nummer 6, og spesialiserte helseinstitusjoner medregnet sykehus jf. sphlsl. § 2-1a(1). Aldershjem, omsorgsboliger og

94 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 44-45.

95 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 45.

96 Lov om spesialisthelsetjenesten m.m. (spesialisthelsetjenesteloven) av 2. juli 1999 nr. 61.

andre bo og tjenestetilbud i kommunene som omfattes av sotjl. § 4-2 bokstav d, er ikke helseinstitusjon etter loven, og kan dermed ikke benyttes til innlegging og tilbakeholdelse etter bestemmelsen. Grunnen til at regelen ikke gjelder for tilnærmet like tilbud etter khl. og etter sotjl. er at samtykkereglene i pasienrettighetsloven, som tvangsreglene i kap. 4A bygger på, ikke gjelder for tilbud etter sotjl. og at det ikke foreligger tilsvarende regler for denne loven. Før en eventuell harmonisering mellom regelsettene, må det utformes og vedtas felles regler om samtykke for alle sosial- og helsetjenester i kommunene.⁹⁷ Nå er imidlertid en ny felles helse- og omsorgslov vedtatt, som skal erstatte khl. og sotjl. I helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2(1) nr. 6 bokstav c er ordlyden «plass i institusjon, herunder sykehjem». Her vil aldershjem o.l. være omfattet.⁹⁸

Varslingssystemer og bevegelseshindrende tiltak

Det er også anledning til å benytte «varslingssystemer med tekniske innretninger og bevegelseshindrende tiltak som belter og lignende». Dette fremkommer av pasrl. § 4A-4 tredje ledd. Ordlyden og sammenhengen i bestemmelsen forteller at dette ikke er begrenset til å gjelde i en helseinstitusjon. Departementet nevner bruk av stol- eller sengebelte samt bord foran stoler som eksempel på bevegelseshindrende tiltak.⁹⁹ Om et tiltak fremstår som bevegelseshindrende for den enkelte, må avgjøres konkret. Departementet presiserer at med «tekniske innretninger» menes både mekanisk og elektronisk utstyr. Og med varsling menes et advarende signal. Dette betyr at varslingssystem er «ei innretning for å varsle helsepersonell (eventuelt òg pasienten) om at ein situasjon av ein eller annan grunn er endra, slik at det ligg føre eit behov for omsorg».¹⁰⁰ Eksempel på varslingssystem er alarm der dører åpnes, alarm der noen passerer et spesielt sted og alarm når pasienter forlater sengen sin. Observasjon og overvåkning av pasienter med registrering av bilde og lyd, er ikke tillatt. Tiltak etter bestemmelsen kan bare gjennomføres under tilsyn av helsepersonell. Formålet med varslingssystemer vil være å varsle personell om en endring i situasjonen, noe som ville være formålsløst hvis det ikke var slikt personell i nærheten.¹⁰¹ Om etiske spørsmålene knyttet til overvåkning, herunder bruk av GPS, se NOU 2011 nr. 11 side 127-128. Utvalget har hatt

97 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 45.

98 Prop. 91 L (2010-2011) pkt. 47. Kap. 3

99 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 48.

100 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 48.

101 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 48-49.

som hovedoppgave å finne nye innovative løsninger på fremtidens omsorgsutfordringer.¹⁰²

Bestemmelsens fjerde og siste ledd oppstiller et krav om fortløpende vurdering av om vilkårene for tvang fortsatt er til stede. Hvis ikke, skal helsehjelpen avbrytes omgående. Det legges spesielt vekt på om hjelpen har hatt ønsket virkning eller om det foreligger uforutsette negative virkninger. Det er her naturlig å vurdere om helsehjelpen fortsatt er forsvarlig, jf. hlspl. § 4.

102 NOU 2011 nr. 11.

2.6 Krav til tvangsvedtaket

Ansvarlig helsepersonell skal treffe vedtak etter kap. 4A, se her § 4A-5(1). Det forutsettes i proposisjonen at forsvarlighetskravet i hlspl. § 4 må være oppfylt. Som oftest vil det være en lege eller tannlege som treffer vedtak etter kapitlet, men noen ganger vil også annet helsepersonell være kvalifisert. Dette vil ofte være tilfelle i pleie og omsorgssituasjoner. Hvem som anses kvalifisert må avgjøres konkret i det enkelte tilfellet.¹⁰³

Eventuelle vedtak gjelder inntil ett år av gangen, jf. § 4A-5(1) annet punktum. Er det ønskelig å fortsette å benytte tvang etter ett år, må nytt vedtak fattes. Alle vilkårene for å kunne benytte seg av tvangshjemlene i kap. 4A, må her være oppfylt.

2.6.1 Alvorlig inngrep

Vedtak som medfører et alvorlig inngrep for den enkelte, skal, etter annet ledd første punktum, treffes av den faglig ansvarlige i samråd med «annet kvalifisert helsepersonell». Helsepersonell som kjenner godt til pasienten og vedkommendes situasjon, vil i følge proposisjonen kunne ha verdifull kunnskap som kan brukes i vurderingen om helsehjelp skal gis. Her nevnes spesielt sykepleiere og hjelpepleiere, helsepersonell som har daglig kontakt og omsorg med pasienten. Ved uenighet, vil det være naturlig å innhente synspunkter fra annet kvalifisert helsepersonell før vedtak treffes. Dette skal i tilfelle journalføres, jf. hlspl. §§ 39 og 40. Eventuell uenighet skal være med i journalen.¹⁰⁴

I vurderingen av om noe skal anses som et alvorlig inngrep, «skal det blant annet tas hensyn til om tiltaket innebærer inngrep i kroppen, bruk av reseptbelagte legemidler og graden av motstand», jf. første ledd annet punktum. Proposisjonen til kap. 4A minner om at disse hensynene inneholder både objektive og subjektive momenter. Hvis helsehjelpen innebærer at pasienten må ta reseptbelagte legemidler, vil det være en objektiv vurdering. Når det gjelder

¹⁰³ Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 87.

¹⁰⁴ Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 87.

graden av motstand hos den enkelte, vil det være en subjektiv vurdering som legges til grunn.¹⁰⁵ Momentene er etter ordlyden ikke uttømmende, jf formuleringen «blant annet legges vekt på». Men fordi noen momenter er nevnt, må det være naturlig at hvertfall disse blir belyst i en vurdering av om helsehjelpen innebærer et alvorlig inngrep for den enkelte pasient.

To tilfeller skal alltid regnes som alvorlig inngrep, jf § 4A-5(2) tredje punktum. For det første gjelder det der pasienten motsetter seg at hjelpen gjennomføres ved innleggelse eller tilbakeholdelse ved helseinstitusjon. For det andre skal det alltid regnes som alvorlig inngrep dersom pasienten motsetter seg bruk av bevegelseshindrende tiltak.

Ved vedtak om undersøkelse og behandling, omfatter dette også «den pleie og omsorg som er nødvendig for å gjennomføre undersøkelsen og behandlingen», se tredje ledd. Men hvis «hovedformålet med helsehjelpen er pleie og omsorg, skal det treffes eget vedtak om dette».

Hvis det er mulig, skal det innhentes informasjon fra pasientens nærmeste pårørende før et vedtak om helsehjelp treffes, se fjerde ledd. Det relevante her er «hva pasienten ville ha ønsket». Loven har åpenbart valgt termen «der det er mulig» av den grunn at det i noen tilfeller ikke vil være mulig å innhente informasjon fordi tiltaket haster. Bestemmelsen oppstiller ingen plikt for de pårørende til å uttale seg, jf ordlyden i bestemmelsen og proposisjonen.¹⁰⁶

2.6.2 Underretning

Hovedregelen om underretning blir oppstilt i § 4A-6(1). Her bestemmes at pasient og dens nærmeste pårørende skal underrettes «snarest mulig» om vedtak truffet etter § 4A-5. Annet punktum oppstiller unntaket om at det er tilstrekkelig med etterfølgende underretning der «underretningen vil medføre fare for at helsehjelpen ikke kan gjennomføres». Proposisjonen

¹⁰⁵ Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 87.

¹⁰⁶ Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 87.

nevner som eksempel tilfeller der medisin skal skjules i pasientens mat.¹⁰⁷ Departementet sier at «nærmeste pårørende» i de fleste tilfeller er den samme som har samtykkekompetanse på vegne av pasienten jf. pasrl. kap. 4.¹⁰⁸

Underretningen skal, etter annet ledd, «opplyse om adgangen til å klage og til å uttale seg i saken». Kopi av underretningen skal etter tredje ledd sendes den faglig ansvarlige for helsehjelpen og helsetilsynet i fylket.

107 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 87.

108 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 59.

2.7 Mulighet for å klage, overprøving av vedtak og etterfølgende kontroll

Pasienten eller nærmeste pårørende, har en rett til å klage til helsetilsynet i fylket over vedtak om helsehjelp etter § 4A-5. Dette følger av § 4A-7(1). Departementet sier i proposisjonen at nærmeste pårørende er de som er nevnt i pasrl. § 1-3 bokstav b.¹⁰⁹ Her er utgangspunktet at pasienten selv utpeker nærmeste pårørende. Hvis pasienten ikke er i stand til dette, er nærmeste pårørende «den som i størst utstrekning har varig og løpende kontakt med pasienten». Det skal likevel tas utgangspunkt i denne rekkefølgen: «ektefelle, registrert partner, personer som lever i ekteskapslignende eller partnerskapslignende samboerskap med pasienten, myndige barn, foreldre eller andre med foreldreansvaret, myndige søsken, besteforeldre, andre familiemedlemmer som står pasienten nær, verge eller hjelpeverge».

Reglene om klagens form og innhold i pasrl. § 7-3, gjelder, etter § 4A-7(2), også for klage etter paragrafen her. Dette betyr at klagen skal være skriftlig, den skal være undertegnet av pasienten eller den som representerer pasienten, den bør nevne det forhold det klages over og gi opplysninger som kan være av betydning for behandlingen av klagen. Ved feil eller mangler, vil Helsetilsynet sette en kort frist for retting eller utfylling.

Fristen for å klage er, etter tredje ledd, tre uker fra vedkommende «fikk eller burde ha fått kjennskap til vedtaket». Her blir det tidspunkt som er først i tid gjeldende. Det vanlige vil være at fristen løper ved underretning etter reglene i § 4A-6.

Helsetilsynet i fylket har, etter § 4A-8 første ledd, myndighet til av eget tiltak å overprøve vedtak truffet etter § 4A-5. Det fremkommer av proposisjonen at departementet vurderte å foreslå obligatorisk overprøving av helsehjelp som innebærer tvangsinnlegging, men at overprøvingen i hastetilfeller kunne finne sted etter innlegginga. De valgte å gå bort fra dette da det kunne føre til for omstendelige prosedyrer, noe som igjen kunne gå ut over helsehjelpen.¹¹⁰ Som nevnt ovenfor, skal helsetilsynet i fylket få en kopi av underretningen om vedtak truffet etter § 4A-5. Dette fastsettes i § 4A-6 tredje ledd jf. første ledd. På

¹⁰⁹ Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 60.

¹¹⁰ Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 64.

bakgrunn av dette vil helsetilsynet ha mulighet til å overprøve vedtak som de mener har et noe usikkert grunnlag.

Annet ledd oppstiller en plikt for helsetilsynet om å overprøve alle vedtak som fortsatt er virksomme tre måneder etter at de er fattet, selv om de som ikke er påklaget. Her må helsetilsynet i fylket treffe et eget vedtak om helsehjelpen skal fortsette. Som nevnt nedenfor, gjelder fvl. for vedtak etter § 4A-5. Dette betyr at fvl. regler om saksbehandling kommer til anvendelse når helsetilsynet i fylket skal vurdere om helsehjelpen skal bestå. Særlig gjelder dette fvl. § 17(1) første punktum som fastsetter at forvaltningsorganet «skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes». Dette betyr at helsetilsynet må vurdere om de innehar den informasjonen som er nødvendig for at de kan fatte et riktig vedtak. Hvis ikke dette er tilfelle, må de innhente den nødvendige informasjon. Dette er også fremhevet i proposisjonen.¹¹¹

111 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 64.

2.8 Domstolsprøving og generelle merknader

Vedtak i en klagesak etter § 4A-7 som innebærer innleggelse og tilbakeholdelse i institusjon, eller helsehjelp som strekker seg lenger enn tre måneder, kan bringes inn for retten av pasienten selv eller dens nærmeste pårørende etter reglene i tvl. kap. 36. Dette følger av § 4A-10 første punktum. Det samme gjelder for «Helsetilsynet i fylkets vedtak om helsehjelp som innebærer innleggelse og tilbakeholdelse, eller som strekker seg ut over tre måneder, jf. § 4A-8»(Jf. § 4A-10 annet punktum). Regelen gjelder kun de mest inngripende vedtakene. I proposisjonen blir vedtak om innleggelse og tilbakeholdelse på institusjon omtalt som «særleg inngripande for pasienten». De samme hensynene må gjelde for vedtak som strekker seg over tid. Departementet har derfor av rettsvernshensyn valgt å la pasienten selv og dens nærmeste pårørende få mulighet til å bringe disse sakene inn for retten etter reglene i tvl kap. 36(Tidligere tvistemålsloven kap. 33).¹¹²

Twisteloven kap. 36 inneholder krav til at saken skal bli raskt behandlet i § 36-5 første og andre ledd. Tredje ledd fastsetter at retten skal prøve alle sider av saken, mens § 36-8 bestemmer at staten bærer saksomkostningene. Rettshjelploven (rhjl.)¹¹³ § 16 første ledd nr. 2 gir pasienten fri sakførsel.

Forvaltningsloven gjelder så langt den passer for vedtak truffet etter § 4A-5, med de særreglene som er gitt i kapitlet. Se § 4A-9. Dette betyr at fvl. regler gjelder både i første instans for vedtak etter lovens § 4A-5, og i klageomgangen. Bakgrunnen for regelen om at fvl. skal gjelde, er at pasrl. kap. 4A omfatter tvangshjelp som pasienten motsetter seg. Det følger av proposisjonen at i slike tilfeller må hensynet til rettsvernet veie spesielt tungt. Departementet mener det bør kreves at vurderingene blir nedfelt i et skriftlig vedtak som det kan klages på, og at man derfor uansett måtte hatt regler som ligger tett opptil fvl. egne regler.¹¹⁴

Departementet har, etter § 4A-11, rett til å gi «nærmerer regler om gjennomføringen av

¹¹² Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 65.

¹¹³ Lov om fri rettshjelp (rettshjelploven) av 13. juni 1980 nr. 35.

¹¹⁴ Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 50.

helsehjelpen etter dette kapitlet og om saksbehandlingen, herunder hvilke krav som skal stilles til dokumentasjon av vedtak om helsehjelp». Fra og med første juli 2010 er det bestemt i forskrift at pasienter som bor hjemme ikke skal betale egenandel for helsehjelp de får etter tvangsreglene i pasrl. kap. 4A.

2.9 Helsetilsynet i fylkets rolle

På bakgrunn av omtalen av pasrl. kap. 4A ovenfor, kommer det fram at Helsetilsynet i fylket har tre forskjellige roller. For det første har de myndighet til å overprøve vedtak av eget tiltak, jf. § 4A-8(1). Og når det er gått tre måneder etter et vedtak er truffet, skal det vurderes om vilkårene for tvang fortsatt er til stede, se § 4A-8(2). For det andre er Helsetilsynet i fylket klageinstans for vedtak etter kapitlet, se § 4A-7(1). For det tredje gjennomfører Helsetilsynet i fylket enkelte tilsyn med virksomheter som omhandles av reglene. Det skal «føre tilsyn med alt helsevesen og alt helsepersonell i fylket og i tilknytning til tilsynet gi råd, veiledning og opplysninger som medvirker til at befolkningens behov for helsetjenester blir dekket», jf. tilsynsloven (tl.)¹¹⁵ § 2(1).

Når den nye helse- og omsorgstjenesteloven trår i kraft, vil pasr. kap. 4A endres slik at alle oppgavene som i dag er gitt Helsetilsynet i fylket, blir overført Fylkesmannen.¹¹⁶

I denne oppgaven vil det, ved innhenting av informasjon vedrørende reglenes anvendelse i praksis, fokuseres på de uanmeldte tilsynene fra helsetilsynet i fylket. Disse gir kanskje det klareste bildet på hvilke utfordringer helsevesenet har for å få reglene i pasrl. kap. 4A implementert i praksis.

¹¹⁵ Lov om statlig tilsyn med helsetjenesten (tilsynsloven) av 30. mars 1984 nr. 15.

¹¹⁶ Helse- og omsorgstjenesteloven § 13-3.

2.10 Forholdet til menneskerettighetene

2.10.1 Kravet til hjemmel etter EMK

Utgangspunktet i norsk helserett er at helsehjelp baserer seg på pasientens frivillige samtykke, jf. pasrl. § 4-1. Unntak må være begrunnet, og menneskerettighetene kommer inn som en viktig skranke for hva som kan gjennomføres mot pasientens vilje.¹¹⁷ Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK)¹¹⁸, inkorporert ved mnskrl. er her sentral.

Når det gjelder forholdet mellom EMK sitt hjemmelskrav og legalitetsprinsippet i tradisjonell norsk rett, sier Østenstad at sistnevnte fremstår som en retningslinje for rettskildebruken ved løsning av rettsspørsmål. Hvis en inngrepshjemmel er lite presis, kan den måtte bli tolket innskrenkende. Hjemmelskravet etter EMK derimot, forutsetter en prøving av en mer overordnet eller abstrakt karakter. EMD ser ofte flere forskjellige sider av et regelverk i sammenheng, samtidig som de ved enkelte tilfeller trekker frem og vektlegger sider ved regelverket som ikke har direkte relevans for den aktuelle saken.¹¹⁹

Kravet til hjemmel i lov etter EMK som skranke for retten til inngrep, er oppstilt i flere artikler. Art. 5 e, som gjelder frihetsberøvelse av blant annet sinnslidende, krever at berøvelsen må være «in accordance with a procedure prescribed by law». Art. 8 bestemmer at inngrep i retten til respekt for privatliv og familieliv må være «in accordance with the law». Selv om man uttrykker seg ulikt, er det sikker tolkning at betydningen er den samme alle steder i konvensjonen.¹²⁰

Hjemmelskravet etter EMK, inneholder i følge Østenstad dels et krav om hjemmel i nasjonal rett, dels autonome kvalitetskrav.¹²¹ Det forutsettes at regelverket må være tilgjengelig for borgerne, for at kravet til hjemmel anses oppfylt. Videre må reglene være rimelig presist

117 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 66.

118 Den europeiske menneskerettskonvensjon, Roma 1950.

119 Østenstad (2011) side 568.

120 Østenstad (2011) side 552.

121 Østenstad (2011) side 554.

utformet slik at borgerne kan forutse de rettslige konsekvensene av sine handlinger.

Grunnleggende her er *Sunday Times* mot *Storbritannia*, en dom som er fulgt opp av en rekke andre dommer, knyttet til EMK art. 5 og 8.¹²² Men EMD har i flere tilfeller godtatt at det ofte er vanskelig å formulere et spesielt presist regelverk.¹²³

Kravet om tilgjengelighet til rettskildene

For at kravet om tilgjengelighet skal være oppfylt, må borgerne ha fysisk tilgjengelighet til rettskildene. Eksempel er *Silver mfl. mot Storbritannia*, der tilgjengelighetskravet ikke var oppfylt når det gjaldt interne retningslinjer og instruksjoner som var upubliserte.¹²⁴ Dette er i utgangspunktet uproblematisk i forhold til pasrl. kap. 4A fordi lovtekstene er publisert i Norsk Lovtidende og de sentrale forarbeidene er gjort tilgjengelige på vanlig måte. Dette må være tilstrekkelig.

Det kan imidlertid stilles spørsmål om tilgjengelighetskravet er skjerpet på blant annet pasrl. kap. 4A sitt område fordi lekmenn er forutsatt å opptre som representanter, noe som fører til en særlig trang til rettsikkerhet. Man kan ikke kreve like mye arbeid for å finne fram til regelverket fra en lekmann som fra en advokat. Her vil det kunne være sentralt å vurdere tilgangen til Rundskriv IS-10/2008, fordi rundskrivet presenterer lovtekst og utsagn om sentrale styresmakter sin forståelse av regelverket som både er utdypende og bygger på formuleringer i lovens forarbeider. Rundskrivet kan bestilles og det er lagt ut på nett. Overfor personer som ikke makter å få tak i skrivet på egenhånd, har forvaltningsorganet en plikt til å yte bistand med å skaffe materialet. Men dette kravet går trolig ikke lenger enn de alminnelige reglene om veiledning i forvaltningsloven (fvl.)¹²⁵ § 11. Tilgjengelighetskravet må dermed anses oppfylt.¹²⁶

122 *Sunday Times* mot *Storbritannia*, avsnitt 49.

123 Østenstad (2011) side 555.

124 *Silver mfl. mot Storbritannia*, avsnitt 87.

125 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967.

126 Østenstad (2011) side 558-559.

Kravet til lovhjemmelens presisjon

Kravet til lovhjemmelens presisjon, innebærer som nevnt ovenfor at det skal være mulig for borgerne å kunne forutse sin rettsstilling. Dette fremstår som problematisk i forhold til demente og psykisk utviklingshemmede. Det naturlige vil her være å heller fokusere på det overordnede formålet med lovskravet, å verne mot vilkårlige inngrep. EMD åpner også for en slik innfallsvinkel.¹²⁷

2.10.2 Evaluering av pasrl. kap. 4A opp mot Norges forpliktelser etter menneskerettighetene

I proposisjonen til pasrl. kap. 4A, blir det påpekt at etter FN konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK)¹²⁸ art.12, inkorporert gjennom mnskrl., er Norge forpliktet å sikre den enkeltes rett til høyest mulig levestandard både fysisk og psysisk. Tiltakene skal omfatte det som måtte være nødvendig for å skape vilkår som sikrer alle legebehandling og pleie ved sykdom (ØSK art. 12 nr. 2 bokstav d). Reglene i pasrl. kap. 4A tar sikte på å sikre at personer uten samtykkekompetanse og som motsetter seg hjelpen, likevel får nødvendig helsehjelp, og anses dermed å oppfylle disse kravene.

En unnlatelse av å gi nødvendig helsehjelp, kan utgjøre umenneskelig eller nedverdiggende behandling, jf. forbudet mot dette i EMK art. 3 og Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP)¹²⁹ art. 7 (SP er inkorporert i norsk rett gjennom mnskrl.). På den annen side, kan helsehjelp etter kap. 4A gitt uten samtykke og etter motstand fra pasienten, i seg selv utgjøre en umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller representere et ulovlig inngrep overfor den enkelte. Men hovedregelen er, i følge proposisjonen, at tiltak som anses nødvendig av hensyn til medisinsk behandling av en pasient, herunder tiltak etter pasrl. kap. 4A, ikke regnes som umenneskelig eller nedverdiggende etter EMK art. 3.¹³⁰

127 Østenstad (2011) side 560-561.

128 Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, 1966.

129 Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, 1966.

130 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 67.

Om de materielle tvangsvilkårene

Hensynet til menneskerettighetene er i følge proposisjonen sikret i pasrl. § 4A-3 gjennom de omfattende vilkårene som her oppstilles.¹³¹ Østenstad hevder at vilkåret «vesentlig helseskade» oppfyller lovskravet etter EMK, jf. presiseringen i forarbeidene.¹³² Han poengterer også at det er mulig å gjøre endringer i pasrl. kap. 4A for å styrke det materielle presisjonsnivået, men understreker at dette ikke betyr at EMK sitt lovskrav er brutt. Det kan ikke utledes fra EMDs praksis at alle aktuelle typer av tvangsinngrep må være uttømmende regulert i lovteksten.¹³³

Ved kompetansehemler, har domstolen ved enkelte tilfeller krevd presiseringer når det gjelder rekkevidden av hjemlene og retningslinjer for skjønnsutøvelsen. Pasientrettighetsloven kap. 4A inneholder i så måte viktige materielle skranker; herunder at undersøkelse og behandling av psykiske lidelser ikke omfattes jf. § 4A-2(2) (Positiv presisjonsavgrensing). Videre representerer «vesentlig helseskade» jf. § 4A-3(2) bokstav a, en avgrensing av rekkevidden til kapitlet. Det er også i § 4A-3 nedfelt skranker for skjønnsutøvelsen gjennom rettslige standarder som krever at det aktuelle inngrepet overfor pasienten må være forholdsmessig, nødvendig og faglig forsvarlig. Disse standardene er sentrale i EMK-retten.¹³⁴

Prosessuelle bestemmelser

Det prosessuelle rettsikkerhetsvernet etter kap. 4A, fremstår som noe problematisk gjennom reguleringen av hvem som har vedtakskompetansen etter kapitlet. Østenstad påpeker likevel at det i utgangspunktet må foreligge en viss lokal/nasjonal skjønnsmargin for statene, spesielt med tanke på at det ikke kan sies å gjelde noen europeisk standard på området. Konklusjonen vil etter dette være at pasrl. kap. 4A ikke fremstår som konvensjonsstridig, hvertfall ved annen tvang enn frihetsberøvelse.¹³⁵

131 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 67.

132 Østenstad (2011) side 598.

133 Østenstad (2011) side 609-610.

134 Østenstad (2011) side 609-610.

135 Østenstad (2011) side 612.

Spesielt om frihetsberøvelse

Østenstad peker på to aktuelle tilfeller der representasjonsordningen ved institusjonsplassering etter pasrl. kap. 4A representerer en svakhet ved regelverket. For det første vil en pasient uten nærmeste pårørende, stå uten representant (se § 4A-5 siste ledd). For det andre vil en pasient i praksis stå uten representant, i tilfeller der pasienten og den som er representant etter loven har sterke interessekonflikter.¹³⁶ Et konkret eksempel kan være en interessekonflikt mellom nærmeste pårørende/representant og aldersdement pasient ved innleggelse i sykehjem.

De prosessuelle kravene etter EMK er strengere etter art. 5 enn etter art. 8. Art. 5 stiller som nevnt direkte krav til prosedyren ved frihetsberøvelse, mens art. 8 sier at inngrep i retten til privatliv bare kan skje «in accordance with law». Sterkere krav er med på å gjøre den statlige skjønnsmarginen mindre. Østenstad mener på denne bakgrunn det er grunn til å stille spørsmål ved svakhetene i reglene for representasjonsordningen i tilfeller med frihetsberøvelse.¹³⁷

I proposisjonen til pasrl. kap. 4A, er frihetsberøvelse omtalt. Men svakhetene ved representasjonsordningen kommenteres ikke. Først påpekes det at tiltakene som er beskrevet for å miste samtykkekompetansen, jf. pasrl. § 4-3(2), faller inn under begrepet «persons of unsound mind» (sinnslidende) i EMK art. 5 nr. 1 bokstav e.¹³⁸

Departementet trekker fram saken H.L mot Storbritannia vedrørende tilbakeholdelse i institusjon av sinnslidende pasient. Her presiserte EMD hva som menes med at frihetsberøvelsen skal være i samsvar med framgangsmåten som er foreskrevet ved lov og at den skal være lovlig, jf art. 5 nr. 1 bokstav e. Disse begrepene overlapper delvis hverandre. Loven skal som beskrevet ovenfor være klar og presis nok til at den enkelte borger skal kunne forutse sin rettsstilling. Videre skal ingen vilkårlig bli fratatt sin frihet, noe som fordrer at nasjonal rett gir passende rettsikkerhetsgarantier og rettferdige og reelle prosessuelle rutiner. Pasientrettighetsloven kap. 4A anses i tråd med kravene til en rettsikker prosess, ved at det

136 Østenstad (2011) side 584.

137 Østenstad (2011) side 612.

138 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 68.

blir stilt strenge krav til når tvang kan benyttes (§ 4A-4, jf. § 4A-3), ved å kreve fortløpende vurdering av tiltakene slik at de blir avbrutt straks vilkårene ikke lenger er til stede (§ 4A-4(4)) og ved å ha klagerett, overprøvings og kontrollmekanismer samt å åpne for domstolskontroll.¹³⁹

Frihetsberøvelsen må som sagt ha en sammenheng med formålet for tvangstiltaket for ikke å være i strid med EMK art. 5 nr. 1 bokstav e. I pasrl. kap. 4A, har frihetsberøvelsen direkte sammenheng med pasientens mentale grunntilstand. Det er bare de som mangler samtykkekompetanse etter § 4-3 som kan tvangshjelpes. Formålet med frihetsberøvelsen er å gi nødvendig helsehjelp og å unngå vesentlig helseskade hos pasienten. Departementet mener dette er i tråd med EMK art. 5 nr. 1 bokstav e.¹⁴⁰

Videre nevnes saken Ashingdane mot Storbritannia, der EMD kom fram til at stedet for frihetsberøvelsen og forholdene der må stå i et forhold til begrunnelsen for frihetsberøvelsen. Det ble uttalt at berøvelse av en sinnslidende pasients frihet, bare er lovlig etter formålet i EMK art. 5 nr. 1 bokstav e, hvis berøvelsen blir satt i live i et sykehus, klinikk eller annen egnet institusjon autorisert for formålet. Pasientrettighetsloven § 4A-4(2) bestemmer at innleggelse eller tilbakeholding bare kan skje i institusjon. Valget mellom helseinstitusjoner avhenger av hva som anses medisinsk forsvarlig for den enkelte pasient. Dette er i tråd med forsvarlighetsprinsippet nedfelt i hlspl. § 4 og sphsl. § 2-2. Kravene til sted og forhold må anses oppfylt.¹⁴¹

Om underretning, klage, overprøving, etterfølgende kontroll og domstolsadgang
På disse punktene vurderes reglene i følge proposisjonen å ligge godt innenfor rammen av menneskerettighetene, her EMK art. 3 og 5 nr.1 bokstav e. Prosessen er kontradiktorisk ved at pasienten og dennes pårørende blir varslet om alle vedtak, og har anledning til å uttale seg. Helsetilsynet i fylket har kompetanse til å overprøve alle vedtak, og en plikt til dette ved vedvarende helsehjelp. Klageretten minsker risikoen for feil, og overprøvingsretten og

139 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 68.

140 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 69.

141 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 68.

kompetansen til helsetilsynet i fylket reduserer faren for at pasientens personlige frihet og autonomi urettmessig blir krenket. Departementet hevder at tilstedeværelsen av prosessuelle reguleringer og grenser for helsepersonellens skjønn, jf. dommen i EMD i saken H. L. mot Storbritannia, er helt sentralt. Ved å gi en rett til å bringe vedtak i klagesak inn for retten etter tvisteloven (tvl.)¹⁴², oppfylles kravet i EMK art. 5 nr. 4 som gir alle som er fratatt friheten sin, rett til å reise sak for å avgjøre rettsgrunnlaget.¹⁴³

Om pasientens personlige autonomi

Proposisjonen til pasrl. kap. 4A påpeker at EMK art. 8 jf. SP art. 17, gir alle mennesker rett til respekt for privatlivet, familielivet og hjemmet. Styresmaktene har ingen rett til vilkårlig å gripe inn i et individs selvråderett og integritet. Tvangshjelp har potensiale til å krenke denne retten, og der pasienten er hjemme, kommer både retten til privatliv, familieliv og hjem inn som skranker for myndighetenes inngrep. EMK art. 8 gir private hjem et særskilt vern mot inngrep. Etter art. 8 nr. 2 kan inngrep i denne retten bare gjøres ved lovhjemmel. Videre må det være «nødvendig i et demokratisk samfunn». Med dette menes at relevante hensyn som begrunner inngrepet, må være proporsjonale med konsekvensen til inngrepet. I tillegg skal inngrepet være nødvendig ut fra hensynet til ett eller flere formål listet opp i artikkelen, medregnet hensynet til helse.¹⁴⁴

Departementet mener at loven sikrer kravet til proporsjonalitet i § 4A-3(2) bokstav c og § 4A-3(3). Hensynet til særskilt rettsikkerhet i eget hjem er sikret fordi hjelpen bare blir gitt der dette fremstår som den klart beste løsning for vedkommende (§4A-3(3)). Hovedformålet med reglene i pasrl. kap. 4A er å hindre vesentlig helseskade. Dette må klart anses å omfattes av hensynet til helse i EMK art. 8.2. Lovhjemmelen er i følge departementet både presis, klar og sikrer individets mulighet til å slå fast sin rettsstilling ved en rekke detaljerte vilkår for når helsehjelp til pasienter som motsetter seg dette, kan gis. Se her pasrl. § 4A-3. Kravene i EMK art. 8 jf. SP art. 17 må anses oppfylt.¹⁴⁵

142 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 1990 nr. 90.

143 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 69.

144 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 69-70.

145 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 69-70.

Etter dette konkluderer jeg med at pasrl. kap. 4A er i tråd med Norges forpliktelser etter grl. § 110c og mskrl. § 2.

3 Funn

3.1 Uanmeldte tilsyn med kommunale tjenester til eldre i 2010

3.1.1 Innledning

Helsetilsynet ga i 2011 ut en samlerapport fra tilsyn med kommunenes sosial- og helsetjenester til eldre i 2010.¹⁴⁶ Rapporten er en del av en fireårig satsing på tilsyn til eldre i perioden 2009-2012.¹⁴⁷ Her vil jeg presentere deler av rapporten, de uanmeldte tilsynene, mens jeg nedenfor i pkt. 3.1 vil kommentere og vurdere funnene. Det interessante vil her være å finne ut om virksomhetene benytter tvang i helsehjelpen som blir gitt, om pasrl. kap. 4A gir hjemmel for dette og i tilfelle om disse reglene er blitt fulgt.

Jeg har valgt å fokusere på de uanmeldte tilsynene av to hovedgrunner. For det første er det meget interessant å lese og kommentere funn fra tilsyn som virksomhetene ikke har blitt varslet om god tid i forveien. For det andre må jeg, av hensyn til omfanget av oppgaven, velge ut noen områder som det skal fokuseres på.

De uanmeldte tilsynene var en del av det landsomfattende tilsynet. Helsetilsynet i sju av landets fylker gjennomførte uanmeldte tilsyn i 25 forskjellige kommuner og i alt 37 forskjellige virksomheter, der fokuset har ligget på å undersøke forskjellige sider ved eldres tjenestetilbud.¹⁴⁸

Tilsynstemaene har i følge Helsetilsynet vært som følger:

Tilsynstema/tjenesteområde/virksomhet	Antall virksomheter	Antall kommuner
Låste dører i sykehjem	27	15
Samtykkekompetanse og bruk av tvang overfor demente pasienter i sykehjem	4	4

¹⁴⁶ Rapport fra Helsetilsynet 5/2011

¹⁴⁷ Rapport fra Helsetilsynet 5/2011 side 13

¹⁴⁸ Rapport fra Helsetilsynet 5/2011 side 15.

Legemiddelhåndtering i sykehjem og hjemmesykepleie	5	5
Om tjenestemottakere (i sykehjem) får dekket grunnleggende behov	1	1

149

Som man kan se av tabellen, har fokuset til den store majoriteten av de uanmeldte tilsynene, vært låste dører i sykehjem. Jeg vil først ta for meg disse tilsynene. I tabellen fra Helsetilsynet ovenfor, kan det leses at fire av de resterende 10 tilsynene omhandler samtykkekompetanse og bruk av tvang overfor demente i sykehus. Etter min mening omhandler fire tilsyn i Buskerud og tre tilsyn i Telemark mange av de samme temaene. Alle sju gjelder virksomheter som er et bo- og behandlingstilbud i henhold til khl. § 1-3(2) nummer 6(sykehjem eller boform for heldøgns omsorg og pleie). Og alle sju gjelder samtykkekompetanse og bruk av tvang. De tre tilsynene fra Telemark gjelder spesielt for demente, mens tilsynene fra Buskerud gjelder for pasienter over 16 år. Begge temaene er relevante i forhold til reglene i pasrl. kap. 4A. De resterende tilsynene vil ikke bli kommentert, av den grunn at de ikke er spesielt aktuelle i forhold til reglene i kap. 4A.

3.1.2 Låste dører i sykehjem

Helsetilsynet i fire av de ovenfor nevnte sju fylkene, gjennomførte uanmeldte tilsyn med «låste dører i sykehjem» i 15 kommuner og i alt 27 forskjellige sykehjem.¹⁵⁰

Som hovedregel har beboere på sykehjem rett til å bevege seg fritt både inne i og utenfor sykehjemmet. Enkelte kan imidlertid, eksempelvis på grunn av demens, komme seg ut av sykehjemmet med fare for å skade seg i trafikken eller omkomme fordi vedkommende ikke er i stand til å finne veien tilbake eller oppsøke hjelp. Som omtalt i kap. 2 ovenfor, inneholder pasrl. kap. 4A regler som kan gi hjemmel til å holde tilbake pasienter uten samtykkekompetanse som motsetter seg dette når en unnlattelse innebærer fare for vesentlig helsekade for vedkommende. Vedtakene må treffes konkret for hver enkelt pasient, noe som

149 Rapport fra Helsetilsynet 5/2011 side 15.

150 Rapport fra Helsetilsynet 5/2011 side 43.

betyr at pasienter som det ikke er truffet vedtak overfor, må få lov til å gå ut. Tilsynene har undersøkt beboernes muligheter til å bevege seg fritt, om det har blitt gjort individuelle vurderinger for hver enkelt pasient i tilfeller der dører har blitt holdt låst, om sykehjemmene har hatt hjemmel for aktuelle innskrenkninger og til slutt om skriftlig vedtak er fattet.¹⁵¹

Ved 18 av i alt 27 sykehjem ble utgangsdører, dører til fellesareal, hageareal og gjennomgangsrom låst uten at den enkelte pasients samtykkekompetanse hadde blitt vurdert. Det var videre ikke truffet et eneste individuelt vedtak med hjemmel i pasrl. kap. 4A. Tiltakene gjaldt for alle beboerne, og det var ikke vurdert om den enkeltes behov for helsehjelp skulle tilsi at det var nødvendig å låse dører. Dette er praksis som strider med gjeldende lovgivning.¹⁵²

I flere av sykehjemmene hadde helsearbeiderne kjennskap til at låsing av dører krever lovhjemmel. Likevel, er det i meget få sykehjem gjort konkrete vurderinger og fattet individuelle vedtak for den enkelte beboer, noe som er et krav etter reglene i pasrl. kap. 4A. Beboere blir tilbakeholdt mot sin vilje, noe som innebærer en ulovlig begrensning i den enkeltes bevegelsesfrihet. Noen sykehjem har gjort risikovurderinger knyttet til nødvendigheten av tvangstiltak opp mot noen av deres beboere. Likevel er ikke vedtak fattet.¹⁵³

3.1.3 Samtykkekompetanse og bruk av tvang i sykehjem

Helsetilsynet i fylkene gjennomførte i alt 37 uanmeldte tilsyn i 2010. Ovenfor er de 27 som omhandlet «låste dører», behandlet. Her vil jeg gjøre rede for sju av de resterende ti tilsynene, som gjelder samtykkekompetanse og bruk av tvang overfor demente og pasienter over 16 år i sykehjem eller boform for heldøgns omsorg og pleie. Fire gjelder Buskerud fylke, mens tre gjelder Telemark.

151 Rapport fra Helsetilsynet 5/2011 side 43-44.

152 Rapport fra Helsetilsynet 5/2011 side 44.

153 Rapport fra Helsetilsynet 5/2011 side 44.

Funn ved tilsyn	Antall Virksomheter
Antall virksomheter med tilsyn	7
Avvik fra lov eller forskrift	6
Tvang uten vedtak etter pasrl. Kap. 4A	4
Mangler eller har for dårlige rutiner for å vurdere pasientenes samtykkekompetanse	6

Av sju tilsyn er det funnet avvik fra lov eller forskrift ved seks virksomheter. Fire av disse benytter seg av tvang uten at det blir fattet vedtak etter reglene i pasrl. kap. 4A. De samme fire mangler, eller har for dårlige rutiner for å vurdere pasientenes samtykkekompetanse. En slik vurdering er som kjent nødvendig for at man skal kunne benytte seg av reglene i kap. 4A. Se § 4A-2(1) jf. § 4-3, og denne oppgavens kap. 2.2.2. Henvisning til tilsynene med de sju virksomhetene, finnes under oppgavens punkt 6. Litteraturliste.

3.2 Kommentar til de uanmeldte tilsynene i 2010

3.2.1 Låste dører i sykehjem

Ved 18 av 27 sykehjem ble dører låst uten en vurdering av samtykkekompetanse og uten at det var fattet individuelle vedtak etter pasrl. kap. 4A. Hovedspørsmålet er hvorfor det ikke fattes vedtak? Er det på grunn av likegyldighet til regelverket? Har virksomhetene tilstrekkelig kunnskap til pasrl. kap. 4A? Satser helsepersonellet på at lovhjemmel for tvangen de benytter seg av finnes der ute et sted? I så fall, tror de at skriftlig vedtak ikke behøves?

Først og fremst må det fremheves at det er meget betenkelig at det ved hele 18 av 27 uanmeldte tilsyn med «låste dører i sykehjem» ble oppdaget at det benyttes tvang i form av låste dører uten en individuell samtykkevurdering, og uten at det fattes vedtak etter pasrl. kap. 4A. Helsetilsynets rapport sier ingenting om hvorfor virksomhetene unnlater å fatte vedtak. Som nevnt var medarbeiderne i mange av sykehjemmene kjent med at låsing av dører krever lovhjemmel. Så lenge de vet at tvang krever hjemmel, vil det være faglig uforsvarlig av helsepersonell, jf. hlspl. § 4(1), å benytte tvang uten at slik hjemmel er klarlagt. Det kan her ikke stilles like strenge krav til alle typer helsepersonell. Helsepersonelloven § 4(1) uttrykker at helsepersonell skal utføre arbeidet i samsvar med kravene til faglig forsvarliget «som kan forventes ut fra helsepersonellens kvalifikasjoner, arbeidets karakter og situasjonen for øvrig». Arbeidets karakter og situasjonen for øvrig tilsier at det dreier seg om et skjerpet forsvarlighetskrav. Man gir helsehjelp mot pasientens vilje. Spesielt leger må vite at tvang krever særskilt lovhjemmel, men også annet autoriserte helsepersonell jf. hlspl. § 48 burde vite dette.

I funnene fra tilsynene er det ikke utdypet om det forelå kunnskap om pasrl. kap. 4A. Det er nærliggende å anta at hvis slik kunnskap forelå, var den uansett ikke god nok. Det naturlige vil være å konkudere med at opplæringen i pasrl. kap. 4A har vært mangelfull. Det er ganske sikkert også riktig. Men er manglende eller for dårlig opplæring den eneste grunnen til at

tvangsvedtak ikke er blitt fattet?

Når det gjelder de aktuelle sykehjemmene, er det gjennomgående avviket fra kap. 4A at de låser dører til avdelingene og utearealer uten vedtak. Dette fremstår som kjent som et tvangstiltak idet en pasient som ønsker å ta seg ut gjennom døra, ikke har mulighet til det. Noen av pasientene klarer å komme seg ut av dørene. Her dreier det seg derfor ikke om tvang. Men i alle andre tilfeller, må vedtak om tvang, se § 4A-5, i form av bevegelseshindrende tiltak jf. § 4A-4(3) treffes. Å låse alle dører fremstår som den klart enkleste løsning for virksomhetene. Man slipper å foreta en individuell vurdering for hver enkelt pasient, hvorvidt vilkårene for tvangsvedtak etter kap. 4A er oppfylt. Helsepersonellet slipper videre å treffe skriftlig vedtak og følge de omfattende saksbehandlingsreglene som kapitlet krever. Dette fører til sparte ressurser for virksomhetene. På den annen side bryter man et av de mest grunnleggende prinsippene i norsk rett; legalitetsprinsippet (Om legalitetsprinsippet og Norges menneskerettslige forpliktelser, se ovenfor i punktene 2.1.2 og spesielt 2.10).

Når helseinstitusjonene benytter seg av tvang uten noen form for lovhjemmel, må dette ses på som et alvorlig brudd på legalitetsprinsippet og menneskerettighetene. Samtidig kan det være en indikator på at pasrl. kap. 4A ikke har truffet slik lovgiver på forhånd trodde og ønsket. Det er liten tvil om at det ikke foreligger én enkelt grunn til manglende tvangsvedtak etter nye kap. 4A. Som påpekt ovenfor, er trolig manglende og for dårlig opplæring i regelverket én av årsakene. Andre grunner kan være at tilfellene ikke går inn under vilkårene i § 4A-3. Jeg tenker her spesielt på annet ledd bokstav a og b om at hjelpen er nødvendig for å hindre vesentlig helseskade. I mange tilfeller vil det være i pasientens interesse med helsehjelp selv om en unnlattelse ikke vil føre til vesentlig helseskade. Eksempel på dette kan være vasking av en pasient som har gjort på seg. På kort sikt vil ikke dette føre til vesentlig helseskade. Men lukt og ubehag for medpasienter, helsepersonell og pasienten selv vil kunne være en vesentlig større belastning på sikt for den enkelte pasient enn krenkelsen ved å bli tvangsstelt. Det foreligger imidlertid ingen hjemmel for tvangsstell i et slikt tilfelle.

3.2.2 Samtykkekompetanse og bruk av tvang ved sykehjem

Ved hele seks av de ovenfor omtalte sju uanmeldte tilsynene, er det påvist avvik fra lov eller forskrift. Fire av disse avvikene gjelder virksomheter som benytter seg av tvangstiltak overfor pasienter, uten at det blir fattet skriftlige tvangsvedtak i henhold til reglene i pasrl. kap. 4A. Alle seks virksomheter som har fått påvist avvik, mangler eller har for dårlige rutiner for å vurdere pasientenes samtykkekompetanse. Dette er urovekkende. For eksempel ved låste dører i sykehjem, kan personer med kompetanse til å samtykke til helsehjelp, bli låst inne mot sin vilje. Dette har det aktuelle sykehjemmet ingen rett til å gjøre. For det første kan tvang etter pasrl. kap. 4A ikke benyttes der pasienten har samtykkekompetanse etter lovens kap. 4. For det andre må det uansett foretas en individuell vurdering om vilkårene for tvang etter reglene i kap. 4A er oppfylt. Et tvangsvedtak må fattes individuelt og ellers i henhold til reglene i kapitlet.

Fire av de seks avviksvirksomhetene har benyttet eller benytter seg av tvang uten at det ved noen av stedene noen gang er fattet et tvangsvedtak etter reglene i pasientrettighetsloven kap. 4A. Med andre ord: Fire av sju tilsyn avdekket tvang uten vedtak. Dette er tall som ingen kan være fornøyd med.

4 Avsluttende Vurdering

4.1 Nærmere om tvangsjelp etter pasrl. kap. 4A

4.1.1 Innledning

Først må det påpekes at det er et vanskelig moralsk område vi befinner oss på.

Hovedproblemstillingen vil alltid være: Hvem skal bestemme? Pasienten eller helsepersonellet. Bernt formulerer det etiske dilemmaet på denne måten: «Valget mellom å unnlate å gi hjelp eller omsorg til den som trenger det, og å krenke medmenneskers frihet ved å frata dem et vern for fysisk og psykisk integritet som vi anser som et grunnleggende gode i den liberale rettsstat». ¹⁵⁴ Det dreier seg om en verdikonflikt mellom autonomi på den ene siden, og paternalisme på den andre. ¹⁵⁵ Med autonomi mener jeg selvbestemmelse. Paternalisme kan forklares med hjelpeapparatets ønske om å yte hjelp for å beskytte og verne om den hjelpetrengende, uavhengig av hva vedkommende selv måtte mene. ¹⁵⁶

Hovedregelen i norsk helsevesen er som påpekt tidligere at pasientene selv skal ha myndighet til å samtykke til helsehjelpen som gis, jf. pasrl. § 4-1. Samme lovs § 4-3 fastlegger rammene for hvem som har samtykkekompetanse etter loven, og om bortfall av slik kompetanse. Det er utvilsomt at selv for pasienter uten samtykkekompetanse, må det foreligge utrykkelig lovhjemmel for at helsehjelp skal kunne gis mot vedkommendes egen vilje. Slik hjemmel finnes blant annet i pasrl. kap. 4A. Her har den ovenfor nevnte paternalistiske tankegangen, fått en noe mer sentral plass enn ellers på helserettens område.

¹⁵⁴ Bernt (2000) side 227.

¹⁵⁵ Østenstad (2011) side 96.

¹⁵⁶ Østenstad (2011) side 96-97.

4.1.2 Utfordringer med å få aktuelle virksomheter til å følge regelverket

På bakgrunn av funnene presentert ovenfor i punkt 3, er det lett å komme fram til at norsk helsevesen har store utfordringer foran seg med hensyn til å implementere pasrl. kap 4A hos aktuelle virksomheter og personellet der. Det hjelper lite å ha omfattende og velbegrunnede regler, hvis de ikke følges. Obligatorisk opplæring må finne sted, da det er åpenbart at denne ikke har fungert som planlagt. Her må det settes inn ressurser som er store nok til at reglene følges de aller fleste tilfeller, i stedet for bare i noen tilfeller som i dag. Det må bygges trygge rutiner i hver enkelt virksomhet, der reglene i kap. 4A blir fulgt i alle saker der det ytes tvangshjelp overfor pasienter uten samtykkekompetanse så lenge ingen andre særbestemmelser kommer inn og overtar.

4.1.3 Pasientrettighetsloven kap. 4A som et forsøk på å tette et hull i regelverket

Før man fikk de nye reglene i pasrl. kap. 4A, fantes det som kjent ingen hjemmel for helsepersonell til å gi tvangshjelp overfor pasienter uten samtykkekompetanse som motsetter seg hjelpen, så lenge vilkårene for øyeblikkelig hjelp i hlspl. § 7 og pasrl. § 2-1 ikke var oppfylt. Gjeldende rett før lovendringen ga helsepersonell en plikt til å yte helsehjelp når dette ble ansett «påtrengende nødvendig» jf. vilkåret i hlspl. § 7(1). Når vilkårene for akutthjelp ikke lenger var til stede, fantes det ingen hjemmel for å fortsette behandlingen der pasienten motsatte seg dette selv om behandlingen ble ansett fordelaktig for pasienten. Som nevnt er de nye reglene i pasrl. kap. 4A ment å tette et hull i regelverket. Mitt spørsmål er i hvor stor grad forsøket er vellykket.

Pasrl. § 4A-3(2) krever at en unnlattelse av å gi helsehjelp kan føre til vesentlig helseskade(bokstav a), at helsehjelpen anses nødvendig(bokstav b) og at tiltakene står i forhold til behovet for helsehjelpen(bokstav c). I tillegg skal tillitsskapende tiltak ha vært forsøkt(første ledd) og helsehjelpen må fremstå som den klart beste løsning for pasienten(tredje ledd). hlspl. § 7(1), akutthjelp, krever på sin side at helsehjelpen er påtrengende nødvendig.

Det er bare nødvendighetsvilkåret som er strengere i øyeblikkelig hjelp situasjoner enn for somatisk tvangshjelp etter pasientrettighetsloven kap. 4A. Helsepersonelloven § 7 stiller ingen krav til å forsøke tillitskapende tiltak, og med de begrensninger som følger av pasrl. § 4-9(pasientens rett til å nekte helsehjelp i særlige situasjoner) kan hjelpen gis ved tvang og uavhengig av om pasienten har samtykkekompetanse(jf. § 7(1) annet punktum).

Det er ingen tvil om at reglene i pasrl. kap. 4A gir hjemmel for å gi helsehjelp i tilfeller der det tidligere ikke var noen slik hjemmel. Det er heller ingen tvil om at reglene er nødvendige. Spørsmålet er om lovgiver i et forsøk på å beskytte den enkelte pasients integritet og selvbestemmelsesrett, har satt vilkårene for å benytte tvang så strenge at reglene kun dekker en liten del av hva som anses ønskelig. Dette er også et av hovedpoengene til Helsetilsynet i deres høringsuttalelse i forkant av lovendringen. De stiller spørsmål om lovforslaget vil klare å avhjelpe hovedmanglene i dagens lovgivning.¹⁵⁷ I det opprinnelige forslaget til nytt kap. 4A, var nødvendighetsvilkåret i § 4A-3(2) bokstav b «strengt nødvendig». Dette har blitt endret til «nødvendig». Hvor stor betydning dette har, skal jeg komme litt tilbake til nedenfor.

Helsetilsynet fremhever først og fremst at når det gjelder spesialisthelsetjenestens behandling av pasienter med alvorlig eller livstruende sykdom som motsetter seg helsehjelpen, vil kap. 4A i pasrl. dekke behovet for lovhjemmel. I primærhelsetjenesten derimot, vil situasjonen kunne være en annen. En av hovedoppgavene til helsepersonell vil være å gi nødvendig stell og pleie. Spesielt vil dette gjelde overfor demente pasienter. Selv om de ikke er alvorlig syke, vil de ofte trenge bistand til medisiner, daglig hygiene, matinntak med mer.

Helsetilsynet stiller spørsmål om hvor langt frem i tid «vesentlig helseskade» skal foreligge. Eksempler som nevnes er om det anses som strengt nødvendig å gi sovemedisin eller beroligende medisin i maten så lenge konsekvensen på kort sikt kun er at pasienten går våken om natten og i perioder snur døgnet. Videre spørres om det er strengt nødvendig å gi medisin til en dement pasient med pollenallergi i pollensesongen, og om det er strengt nødvendig å forebygge kløe, som på sikt kan føre til sår og infeksjoner. Her blir hele tiden vilkåret «strengt

157 Høringsuttalelse, 20.06.2005. Helsetilsynet side 4.

nødvendig» benyttet. Men når helsetilsynet under konkluderer med at unnlatelse av de nevnte tiltakene ikke vil føre til vesentlig helseskade, blir ikke nødvendighetsvilkåret nevnt.¹⁵⁸ Jeg mener at momentene er like relevante, selv om lovteksten nå er nødvendig, ikke strengt nødvendig. Her vil det i praksis være spørsmålet om vesentlig helseskade som skaper størst utfordring.

På bakgrunn av det ovennevnte, finner helsetilsynet at lovforslaget ikke vil kunne gi hjemmel til å ivareta blant annet dementes behov på en best mulig måte. Som en konsekvens av manglende lovhjemmel, vil det enten bli utøvd ulovlig tvang eller så vil noen pasienter ikke få den helsehjelpen de behøver.¹⁵⁹ Når det gjelder ulovlig tvang, viser jeg til kap. 3 ovenfor. Det er liten tvil om at dette er utbredt i norsk helsevesen.

Det er vanskelig å si noe generelt rundt hva som er verst av ulovlig tvang og at pasienter ikke får den hjelpen de har behov for. Tvang uten hjemmel er, som nevnt over, meget urovekkende og bør ikke forekomme. På den annen side er det ille hvis sårt hjelpetrequende pasienter ikke får den hjelpen de bør ha fordi det ikke finnes noen hjemmel for dette. Jeg forstår hvorfor det blir benyttet tvang uten at det foreligger lovhjemmel, men vil ikke forsvare tvangen.

Hensynet til pasienters liv, fysiske og psykiske integritet og menneskeverd veier tungt i helseretten, jf. pasrl. §§ 1-1 annet punktum og 4A-1(2). Det bør det også gjøre. Videre er den store og klare hovedregelen at helsehjelp kun kan gis med pasientens samtykke. Dette kommer til uttrykk gjennom hovedregelen i pasrl. § 4-1. Reglene gitt i kap. 4A representerer et unntak fra hovedregelen om samtykke, og åpner for på nærmere angitte vilkår å gi helsehjelp til pasienter som mangler samtykkekompetanse (om samtykkekompetanse se ovenfor) og som motsetter seg helsehjelpen. Departementet fremhever i proposisjonen at bakgrunnen for at vilkårene for å benytte tvang etter kapitlet er såpass snevre, er «å bidra til å førebyggje og redusere bruk av tvang, jf. § 4 A-1 første ledd i utkastet».¹⁶⁰ Dette går selvfølgelig noe på bekostning av hensynet til å yte helsehjelp som anses nødvendig.

158 Høringsuttalelse. 20.06.2005. Helsetilsynet side 4-5.

159 Høringsuttalelse. 20.06.2005. Helsetilsynet side 5.

160 Ot. prp. nr. 64 (2005-2006) side 29.

Formålet med reglene i pasrl. kap. 4A, er å yte nødvendig helsehjelp overfor pasienter som ikke er i stand til å forstå konsekvensene av unnlatt hjelp. Enkelte vil hevde at der pasienten av gode grunner har blitt fratatt sin kompetanse til å samtykke til helsehjelp, bør man utforme lovregler som gir helsepersonell en mye større frihet til selv å avgjøre hvilken hjelp som skal gis. Her er imidlertid den enkleste løsningen, sannsynligvis ikke den beste. Selv om pasienten ikke forstår konsekvensene av unnlatt hjelp, kan man ikke legge til side hensynet til pasientintegritet og selvbestemmelsesrett. Som helsedirektoratets rundskriv hevder, er det et mål med reglene i pasrl. kap. 4A å finne fram til hva pasienten selv ville ha samtykket til hvis vedkommende hadde forstått konsekvensene av hjelpen.¹⁶¹ Dette trenger ikke nødvendigvis være det samme som det den aktuelle helsearbeider mener er nødvendig hjelp for den enkelte.

Som en del av formålsbestemmelsens første ledd (§ 4A-1(1)), står det også at reglene skal «forebygge og begrense bruk av tvang». Med dette menes at tvang skal benyttes i så liten grad som mulig. Ingen skal utsettes for unødvendig tvang. Dette er en av hovedårsakene til at de materielle vilkårene i § 4A-3 fremstår såpass strenge. De som argumenterer for lempligere vilkår for å anvende tvang, vil ofte glemme at tvang bør fremstå som en form for siste utvei. Dette gjenspeiles i kravet til å forsøke tillitsskapende tiltak. (Se § 4A-3(1)) Vilårene må være forholdvis strenge. De må også være klare og presise. Tvang bør bare benyttes når det utvilsomt vil være den beste løsningen for pasienten selv. Her kan det ikke legges vekt på hva omgivelsene måtte mene.

I artikkelen «Usikkerhet rundt ny tvangslov» utgitt i tidsskriftet Dagens Medisin i oktober 2009 blir det påpekt meget varierende antall tvangsvedtak etter pasrl. kap. 4A rundt om i landet. Kapitlet trådte som kjent i kraft 1. januar 2009. Artikkelen fremhever at det i Hordaland ble fattet 73 tvangsvedtak etter kapitlet fram til mai 2009. I Buskerud var tallet fire. Også i Nordland ble det fattet få vedtak. Fylkeslege i Nordland Henning Aanes er helt sikker på at det lave tallet på vedtak skyldes underreportering. Han påpeker at det er 44 kommuner i fylket, og at alle disse har sykehjem og institusjoner med demente og psykisk utviklingshemmede. Når kun en håndfull av disse kommunene har rapportert tvangsvedtak

161 Rundskriv IS-10/2008 side 27.

etter pasrl. kap. 4A fram til mai 2009, er det liten tvil om at det finnes store mørketall. Aanes hevder videre at en av hovedgrunnene til underrapporteringen, er manglende kjennskap til regelverket.¹⁶²

Min påstand er at manglende kunnskap om regelverket ikke er den eneste årsaken til det lave tallet på vedtak etter pasrl. kap. 4A. I noen tilfeller utøves det rimeligvis tvang som helsepersonellet selv ikke oppfatter som tvang. Dette skyldes selvsagt manglende kunnskap om hva som omfattes av regelverket. Men i andre tilfeller kan det tenkes at det utøves tvang som helsepersonellet selv vet omfattes av reglene i kap. 4A, men som likevel ikke blir rapportert. En av grunnene til dette kan være den omstendelige prosessen som må gjennomgås for å fatte vedtak etter kapitlet.

Pasientrettighetsloven kap. 4A er et grundig, vilkårbasert regelsett med klare saksbehandlingsregler som legger stor vekt på hensynet til den enkelte pasients integritet og selvbestemmelsesrett. Pasienten må mangle samtykkekompetanse og motsette seg hjelp. Alle vilkårene etter § 4A-3 må være oppfylt. Skriftlig vedtak må treffes av ansvarlig helsepersonell etter reglene i § 4A-5, og det må her vurderes om helsehjelpen innebærer et alvorlig inngrep for pasienten. Hvis det er tilfelle, må vedtak treffes i samråd med annet helsepersonell. Hvis de er uenige må det hentes inn synspunkter fra et tredje helsepersonell. Det skal også om mulig innhentes informasjon fra pasientens nærmeste pårørende før vedtak treffes. Det er mulig å se for seg at disse omfattende og grundige reglene kan skape problemer i praksis. Man skal ikke se bort i fra at de i noen tilfeller kan tjene mot sin hensikt. Med det menes at helsepersonell velger å gjennomføre tvangstiltak uten å benytte seg av reglene i kap. 4A av den grunn at de mener reglene er for tids- og ressurskrevende.

Som nevnt ovenfor, kan det stilles spørsmålstegn ved de materielle vilkårene for å benytte tvang. Helsetilsynet mener lovgiver kun har tettet igjen en liten del av et stort hull i regelverket. Blant annet ved stell og pleie av pasienter uten samtykkekompetanse som motsetter seg hjelpen, foreligger det ofte, selv om dette kan anses å være den klart beste

162 Storvik (2009).

løsning for pasienten, ingen hjemmel for tvangshjelp. Her er det viktig å påpeke viktigheten av pasientintegritet og selvbestemmelsesrett. Spørsmålet er om denne plassen her er blitt for stor.

Dersom de materielle reglene for tvangshjelp etter kap. 4A skal endres, må det selvfølgelig diskuteres hva de skal endres til. Dette kan av plasshensyn ikke belyses i denne oppgaven. Og det skal ikke ses bort ifra at det ville være svært vanskelig å komme fram til hensiktsmessige vilkår som ikke går for langt i å tillate tvang, noe som langt på vei kunne satt hensynet til pasientintegritet til side.

Det viktigste i dag, bør være å få de nåværende reglene implementert i norsk helsevesen. Når dette er på plass, vil det selvsagt kunne være hensiktsmessig å gjøre en evaluering av reglene.

5 Lov- forarbeid og domsregister

Lover

- 1814 Kongeriget Norges Grundlov (grunnloven) av 17. mai 1814.
- 1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967.
- 1980 Lov om fri rettshjelp (rettshjelploven) av 13. juni 1980 nr. 35.
- 1982 Lov om helsetjenesten i kommunene (kommunehelsetjenesteloven) av 19. november 1982. nr. 66.
- 1984 Lov om statlig tilsyn med helsetjenesten (tilsynsloven) av 30. mars 1984 nr. 15.
- 1991 Lov om sosiale tjenester m. v. (sosialtjenesteloven) av 13. desember 1991 nr. 81.
- 1992 Lov om barneverntjenester (barnevernloven) av 17. juli 1992 nr. 100.
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30.

Konvensjoner:

Den europeiske menneskerettskonvensjon, Roma 1950.

Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, 1966.

Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, 1966.

- 1999 Lov om spesialisthelsetjenesten m.m. (spesialisthelsetjenesteloven) av 2. juli 1999 nr. 61.
- 1999 Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven) av 2. juli 1999 nr. 62.
- 1999 Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) av 2. juli 1999 nr. 63.
- Forskrift:
- Forskrift om prioritering av helsetjenester, rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, rett til behandling i utlandet og om klagenemnd (prioriteringsforskriften). Tilføyd ved forskrift 7 juli 2004 nr. 1121.
- 1999 Lov om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven) av 2. juli 1999 nr. 64.
- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90.
- 2011 Lov om kommunale helsetjenester- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven) av 24. juni 2011 nr. 30.

Forarbeider

Ot. prp. nr. 64 (2005-2006)	Om lov om endringar i pasientrettslova og biobanklova (helsehjelp og forskning – personar utan samtykkekompetanse)
Ot. prp. nr. 12 (1998-1999)	Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven)
Ot. prp. nr. 13 (1998-1999)	Om lov om helsepersonell m v (helsepersonelloven)
Innst. O. nr. 11 (2006-2007)	Innstilling frå helse- og omsorgskomiteen om lov om endringar i pasientrettslova og biobanklova (helsehjelp og forskning - personar utan samtykkekompetanse)
Prop. 91 L (2010-2011)	Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven)
NOU 2011 nr. 11	Innovasjon i omsorg

Høringsnotat. Lov om pasientrettigheter, Sosial- og helsedepartementet, august 1997.

Forslag til endringer i pasientrettighetsloven – helsehjelp til pasienter uten
samtykkekompetanse – høringsuttalselse. 20.06.2005. Helsetilsynet. www.helsetilsynet.no.

Dommer

Høyesterett:

Rt 2010 612

EMD:

Sunday Times mot Storbritannia =

Klagesak nr. 6538/74, dom av 26. april 1979, Series A 30.

Silver mfl. mot Storbritannia =

Klagesak nr. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, dom av 25. mars 1983, Series A 61.

6 Litteraturliste

Syse, Aslak. Pasientrettighetsloven med kommentarer. 3. utgave. Oslo, 2009

Rundskriv IS-10/2008. Lov om pasientrettigheter kapittel 4A. Helsehjelp til pasienter uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen. Helsedirektoratet.

Rundskriv IK-3/2008. Retningslinjer for Helsetilsynet i fylkets behandling av vedtak og klagesaker etter pasientrettighetsloven kapittel 4A. Statens helsetilsyn.

Rundskriv IS-12/2004. Lov om pasientrettigheter. Sosial- og helsedirektoratet.

Bernt, Jan Fridthjof: Tvangsbruk i sosialtjenesten, s. 227-302 i Kjønstad, Asbjørn / Bernt, Jan Fridthjof / Kjelle vold, Alice og Hove, Harald: Sosial trygghet og rettssikkerhet, 2. utg., Bergen 2000.

Østenstad, Bjørn Henning: Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente. Rettslege og etiske problemstillinger ved bruk av tvang og inngrep utan gyldig samtykke. Bergen 2011.

Storvik, Anne Grete. Usikkerhet rundt ny tvangslov. I: Dagens Medisin Utgave 16/09

Rapport fra Helsetilsynet 5/2011. Samlerapport fra tilsyn i 2010 med kommunenes sosial- og helsetjenester til eldre. Krevende oppgaver med svak styring. Mars 2011.

Uanmeldt tilsyn i Flå kommune, Flåheimen. Overholdelse av tvangsbestemmelsene i pasientrettighetsloven kapittel 4A 2010. Helsetilsynet i Buskerud. 28.07.2010.

www.helsetilsynet.no

Krødsherad kommune, uanmeldt tilsyn, Kryllingheimen. Overholdelse av tvangsbestemmelsene i pasientrettighetsloven kapittel 4A 2010. Helsetilsynet i Buskerud. 28.07.2010. www.helsetilsynet.no

Uanmeldt tilsyn i Hemsedal kommune, Hemsedal Bygdaheim. Overholdelse av tvangsbestemmelsene i pasientrettighetsloven kapittel 4A 2010. Helsetilsynet i Buskerud. 28.07.2010. www.helsetilsynet.no

Uanmeldt tilsyn - Gol kommune, Gol helsetun. Overholdelse av tvangsbestemmelsene i pasientrettighetsloven kapittel 4A 2010. Helsetilsynet i Buskerud. 28.07.2010. www.helsetilsynet.no

Rapport fra uanmeldt tilsyn med samtykkekompetanse og bruk av tvang hos demente pasienter i sykehjem ved Gulset sykehjem 2010. Helsetilsynet i Telemark. 28.07.2010. www.helsetilsynet.no

Rapport frå uanmeldt tilsyn med samtykkekompetanse og bruk av tvang hos demente pasientar innlagt i sjukeheim ved Nome sjukeheim 2010. Helsetilsynet i Telemark. 19.01.2011. www.helsetilsynet.no

Rapport frå uanmeldt tilsyn samtykkekompetanse og bruk av tvang hos demente pasientar ved Bø sjukeheim 2010. Helsetilsynet i Telemark. 22.12.2010. www.helsetilsynet.no